



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DE DOCTORADO

**MODELOS REGULATORIOS DE INTERMEDIACIÓN DE CONTENIDOS EN
PLATAFORMAS DIGITALES EN EL MARCO DE LA PROTECCIÓN A LOS
DERECHOS DE AUTOR**

Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho

Nicole Del Canto Rivera

Profesor Guía

Salvador Millaleo Hernández

Santiago de Chile, 2021

AGRADECIMIENTOS

A mi familia, por ser el motor en la búsqueda constante del crecimiento, del perfeccionamiento y del desarrollo personal y profesional.

A mi madre, por enseñarme el valor de la perseverancia, del trabajo y de la fe.

A mis hermanas, por ser las más perfectas compañeras del viaje de la vida... a las seis, por su amor e incondicionalidad.

A mis sobrinos, por existir.

A mi Director de Tesis, Dr. Salvador Millaleo Hernández, por el fundamental acompañamiento en este proceso, por sus valiosos lineamientos y directrices y por su compromiso.

Al Sr. Roberto Dabed Álamo, por significar un eterno estímulo.

A Johanna Olivares Gribbell, por la confianza, por el respaldo y por no permitirme dudar.

A Joaquín Vergara Vallejos, Daniel Álvarez Valenzuela, Alberto Cerda Silva y Erika Morgado San Martín, por su amistad, por su gran aporte y apoyo en la tesis doctoral.

A los Doctores en Derecho, Carlos Peña González, Hernán Corral Talciani, Álvaro Vidal Olivares, Carlos Pizarro Wilson e Iván Díaz García, por haber dedicado tiempo y pasión en la lectura y comentario de mi investigación.

A Dios, por tanto y por todo.

A mi...

“If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of everyone, and the receiver cannot dispossess himself of it. Its peculiar character, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it. He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me. That ideas should freely spread from one to another over the globe, for the moral and mutual instruction of man, and improvement of his condition, seems to have been peculiarly and benevolently designed by nature, when she made them, like fire, expansible over all space, without lessening their density at any point, and like the air in which we breathe, move, and have our physical being, incapable of confinement or exclusive appropriation. Inventions then cannot, in nature, be a subject of property”.

Tomás Jefferson. Tomás Jefferson to Isaac McPherson. The Founders Constitution. Volume 3. Article 1, Section 8, Clause 8. Document N° 12, 13 agosto 1813.

“El más hermoso y más útil de los descubrimientos no me daría tanto gusto si yo no hubiera de poderlo transmitir. Si me dieran la sabiduría con la condición de guardarla para mí, de no comunicarla, de no esparcirla, me negaría a tomarla”.

Cartas a Lucilio, N° VI, Libro I “De la verdadera amistad” (Lucio Anneo Séneca) (Traducción del latín y notas por Antonius Djacnov, 2009).

TABLA DE CONTENIDOS

AGRADECIMIENTOS.....	II
TABLA DE CONTENIDOS	4
RESUMEN.....	8
INTRODUCCIÓN	9
1. PRESENTACIÓN	9
2. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	22

CAPÍTULO PRIMERO

LA ADECUACIÓN A LOS FINES DE LOS MODELOS REGULATORIOS DE INTERMEDIACIÓN.	
DESARROLLO CONCEPTUAL	26
1. IDEAS PRELIMINARES	26
2. LA ADECUACIÓN DE LOS MODELOS REGULATORIOS DE INTERMEDIACIÓN DE CONTENIDOS DIGITALES	27
2.1 Desarrollo conceptual	27
2.2 La ratio legis en la racionalización de los fines previstos.....	29
2.3 Transformación digital como modificación social que incrementa la brecha de adecuación ...	31
2.4 Adecuación del marco de los modelos regulatorios.....	33
2.4.1 Modelos regulatorios y sus fines.....	36
2.4.2 Intermediarios de Internet	42
1) Intermediarios de redes y acceso a Internet	43
2) Intermediarios de procesamiento de datos y de alojamiento	44
3) Proveedores de búsqueda de información.....	45
4) Proveedores de servicios en línea	46
2.4.3 Rol de los intermediarios	48
2.4.4 Intermediación combinada.....	50
2.4.5 Intermediación pura	51

CAPÍTULO SEGUNDO

MODELOS REGULATORIOS DE INTERMEDIACIÓN DE CONTENIDOS DIGITALES VIGENTES	52
1. IDEAS PRELIMINARES	52
2. MODELO DE LA DMCA EN ESTADOS UNIDOS	53
2.1 Pre-DMCA	53
2.2 Safe harbor.....	58
2.3 El mecanismo del modelo regulatorio de la DMCA: Notice and takedown.....	68
2.3.1 Ideas preliminares	68
2.3.2 Notice and takedown	71
2.4 El modelo de la DMCA como estándar implantado	72
2.5 Críticas al modelo de la DMCA.....	74
a) DMCA como modelo parcial de eliminación de contenidos	75
b) DMCA como un modelo superado de intermediación ante las nuevas tecnologías, los nuevos modelos de negocios y prácticas actuales	79
3. MODELO REGULATORIO DE LA DCE	91
3.1 Implementación del modelo de la DCE en los Estados miembros. Justificación	94

3.2	Críticas al modelo de la DCE	98
a)	Deficiencias del estándar del modelo de la DCE	98
b)	El modelo de la DCE como respuesta temprana	101
4.	MODELO REGULATORIO DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL MERCADO ÚNICO DIGITAL.....	104
4.1	Ideas preliminares.....	104
4.2	Antecedentes.....	106
4.3	Cesión de algunos paradigmas en beneficio de la adecuación.....	107
4.4	Parcialidad del rol de intermediación recogido por el modelo	110
5.	MODELO REGULATORIO DE LA DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS AFINES EN EL MERCADO ÚNICO DIGITAL	112
5.1	Ideas preliminares.....	112
5.2	Rol de los intermediarios en el nuevo modelo de la Directiva 790	113

CAPÍTULO TERCERO

DE LOS FINES DE LOS MODELOS REGULATORIOS DE INTERMEDIACIÓN DE CONTENIDOS DIGITALES.....		116
1.	IDEAS PRELIMINARES	116
2.	¿CUÁLES SON LOS FINES DE LOS MODELOS REGULATORIOS? DE ALGUNAS PRECISIONES METODOLÓGICAS.....	119
3.	TUTELA COOPERATIVA DE DERECHOS DE AUTOR EN LÍNEA	120
3.1	Cuestiones generales.....	120
3.2	Tutela cooperativa como finalidad en el diseño de los modelos vigentes	125
3.2.1	Concepto.....	126
3.2.2	Tutela cooperativa en el diseño de la DMCA	129
3.2.3	Tutela cooperativa en el diseño de la DCE e implementación.....	136
a)	Tutela cooperativa en el diseño de la DCE	136
b)	Implementación	141
3.2.4	Sobre otros fines regulatorios y su posición de vinculación	150
a)	Restauración de la legalidad infringida.....	150
b)	Acuerdos de cooperación y soluciones extrajudiciales	153
4.	EQUILIBRIO DE INTERESES DE LOS ACTORES DE INTERNET.....	155
4.1	Cuestiones generales.....	155
4.2	Equilibrio de intereses como finalidad en el diseño de los modelos vigentes	158
4.2.1	Concepto.....	160
4.2.2	Equilibrio de intereses en el diseño del modelo de la DMCA	163
4.2.2	Equilibrio de intereses en el diseño del modelo de DCE e implementación.....	170
a)	Equilibrio de intereses en el diseño de la DCE	170
b)	Implementación	174

CAPÍTULO CUARTO

ADECUACIÓN DE LOS FINES DE LOS MODELOS REGULATORIOS EN BASE A LA REALIDAD DIGITAL VIGENTE		182
1.	IDEAS PRELIMINARES	182
2.	TRANSFORMACIÓN DE LAS FUNCIONES DE INTERMEDIACIÓN DE CONTENIDOS DIGITALES	185
2.1	La intermediación a la que se enfrentaron los modelos regulatorios	186
2.2	Intermediación de contenidos digitales post-modelos regulatorios	193
2.2.1	Algunas cuestiones generales	193
2.2.2	Las nuevas tecnologías, modelos de negocios y prácticas vigentes	194

2.2.3	Efectos de la transformación de la intermediación en la determinación del rol de los intermediarios de Internet	207
a)	Modificación de la intermediación pura de los modelos regulatorios.....	210
3.	INTERMEDIARIOS DE ACCESO MASIVO A CONTENIDOS EN LÍNEA	218
4.	ADECUACIÓN DE LOS FINES DE LOS MODELOS REGULATORIOS DE INTERNET	223
4.1	Tutela cooperativa M ₂	223
4.1.1	Modelo norteamericano	223
4.1.2	Modelo europeo	224
4.2	Equilibrio de intereses M ₂	226
4.2.1	Modelo norteamericano	226
4.2.2	Modelo europeo	228

CAPÍTULO QUINTO

EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS INTERMEDIARIOS DE INTERNET EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN LÍNEA

1.	IDEAS PRELIMINARES	231
2.	JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA	232
2.1	Escena jurisprudencial norteamericana Pre-DMCA	234
2.1.1	Responsabilidad directa de los intermediarios	235
a)	Playboy Enterprises Inc. v. Frena	236
2.1.2	Responsabilidad contributiva de los intermediarios.....	237
a)	Religious Technology Center v. Netcom On-line Communications Services, Inc.	237
b)	Sega Enterprises Ltd. v. Maphia	241
2.1.3	Responsabilidad vicaria de los intermediarios	242
a)	Marobie-FL, Inc. v National Association of Fire Equipment Distributors and Northwest Nexus, Inc.....	243
2.2	Escena jurisprudencial norteamericana Post-DMCA	244
2.2.1	Elegibilidad de los intermediarios de Internet	245
a)	Intermediarios de mera conducción	245
b)	Intermediarios de caching	247
c)	Intermediarios de hosting.....	248
d)	Premisas recogidas por el Reporte 2020 de la U.S. Copyright Office	251
2.2.2	Exclusividad de la Sección 512	253
2.2.3	Responsabilidad indirecta de los intermediarios	255
3.	JURISPRUDENCIA EUROPEA	259
3.1	Escena jurisprudencial europea Pre-DCE.....	261
a)	Grodfrey v. Demond Internet Ltd.	261
b)	CompuServe	262
c)	Halliday v. Lacambre.....	263
d)	Vonnis Scientology v. Providers and Karin Spaink Bodemprocedure.....	263
3.2	Escena jurisprudencial europea Post-DCE	264
3.2.1	Obligación de monitoreo.....	264
3.2.2	Elegibilidad de los intermediarios.....	266

CAPÍTULO SEXTO

CONSIDERACIONES FINALES

VALORACIÓN DE LA ADECUACIÓN DE LOS MODELOS REGULATORIOS

1.	TRANSFORMACIÓN TECNOLÓGICA: LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL	270
2.	SAFE HARBOR EN EL 2020.....	273

3.	FINES DE LOS MODELOS REGULATORIOS ANTE LA ÓPTICA ACTUAL	278
3.1	¿Cooperación en la contención de las infracciones a la propiedad intelectual?.....	279
3.2	¿Equilibrio de intereses? Incentivos desequilibrados y equilibrios disgregados	283
3.2.1	Incentivos desequilibrados.....	284
4.	¿CUÁLES SON LAS ENSEÑANZAS DE LA EXPERIENCIA EUROPEA?	286
	CONCLUSIONES	291
	BIBLIOGRAFÍA.....	299

RESUMEN

Los diversos sistemas jurídicos forjaron la respuesta normativa hacia los desafíos impuestos por el explosivo avance de la industria del Internet y por la necesidad de tutelar los derechos de autor en línea, mediante modelos regulatorios que conjugaron los antecedentes fácticos y finalistas presentes al tiempo de su establecimiento. Bajo dicha concepción los diversos modelos de propiedad intelectual determinaron un rol externo de los intermediarios de Internet en el control y sanción de contenidos infractores a los derechos de autor en línea.

Sin embargo, el nuevo siglo ha sido testigo de la transformación de la intermediación, desde una funcionalidad diferenciada que ha venido transitando hacia dos fenómenos que justifican la relectura de los modelos regulatorios de propiedad intelectual en plataformas digitales: a) la transformación de los antecedentes fácticos o de realidad digital durante las últimas décadas, a manos de la centralización de funciones de intermediación por los proveedores de acceso masivo de contenidos en línea y de las transformaciones tecnológicas, modelos de negocios y prácticas vigentes en el escenario digital en el cual se introducen los estándares de protección de la propiedad intelectual, y, b) la inadecuación de los modelos regulatorios para con el cumplimiento de los fines previstos en su morfología normativa.

En consecuencia, la presente investigación propone determinar cómo los fenómenos antes señalados, impulsan la redefinición del rol de los intermediarios de contenidos digitales en torno a la protección de la propiedad intelectual.

INTRODUCCIÓN

1. Presentación

Para efectos del presente estudio, la adecuación ha de ser entendida como la relación existente entre los medios y los fines de una regulación normativa. La precedente delimitación conceptual constituye la base del debate que aquí se presenta, a partir del estudio y análisis de la adecuación de los fines de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales.

El estudio de la adecuación normativa constituye una arista relevante de análisis jurídico, en la medida en que los aspectos teleológicos de los modelos regulatorios se ven, permanentemente, tensionados respecto de las prácticas y tecnologías vigentes.

El desafío que contempla la presente tesis doctoral contempla la invitación al legislador a reevaluar los marcos normativos que definen las reglas, procedimientos y estructuras de protección de la propiedad intelectual en Internet.

En este sentido, la investigación cumple un objetivo, que no es netamente descriptivo, en base a una interpretación, explicación y a la constatación de la hipótesis de estudio a través del análisis documental de las fuentes del diseño de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales, que aportan a la idea de determinación de la inadecuación de los marcos normativos, ergo, el presente configura un estudio relativo a la política jurídica¹.

A partir de la invención del pergamino y del papel, ambas constitutivas de una etapa embrionaria del proceso de reproducción de las ideas humanas², ha habido un problema de

¹ Los juicios de valor sobre el Derecho deben emitirse en un ámbito conceptual distinto al mismo. LÓPEZ MURCIA, Rafael. (2005). Sobre política jurídica. Revista Telemática de Filosofía del Derecho (9): p. 268.

² DANVILLA Y COLLADO, Manuel. (1882). Legislación española y extranjera, Comentada, concordada y explicada según la historia, la filosofía, la jurisprudencia y los tratados. Segunda Edición. Madrid, Imprenta de la correspondencia de España, p. 13.

adecuación de las estructuras normativas de protección de la propiedad intelectual para con los fines perseguidos por el legislador.

Esto porque los soportes tradicionales de las ideas y del intelecto, v.gr. los libros – como extensiones de la memoria y de la imaginación, en palabras de Borges³– han sido superados por las nuevas tecnologías a través de las cuales se produce y se distribuye la información.

La creación de Internet a principios de la década de los 80' no detuvo la tensión existente entre los fines y las estructuras normativas, sino que, por el contrario, este aparece como el sumo desafío al cual se ha enfrentado la necesidad de ajuste entre la práctica y la norma en la protección de los derechos de autor. Empero, el desafío tampoco termina en el inicio de la era digital, sino que se extiende y permanece latente en la evolución de las prácticas, los modelos de negocios y las nuevas tecnologías.

La realidad digital vigente supone la transformación de los paradigmas clásicos de las formas de entretención, cultura y comunicación inter-personal, pero además, importa la transformación de las ópticas bajo las cuales se ha venido construyendo el nuevo conocimiento⁴ del Internet⁵ así como del rol de los actores del ciberespacio.

³ «De los diversos instrumentos del hombre, el más asombroso es, sin duda, el libro. Los demás son extensiones de su cuerpo. El microscopio, el telescopio, son extensiones de su vista; el teléfono es una extensión de la voz; luego tenemos el arado y la espada, extensiones de su brazo. Pero el libro, es otra cosa: el libro es una extensión de la memoria y de la imaginación». BORGES, Jorge Luis. (1996). Borges oral, Obras completas. Vol. IV. Barcelona, Editorial Emecé p. 165.

⁴ Desde un conocimiento privado de Internet hasta un marco de conocimiento colaborativo. Véase en GOSS, Adrienne K. (2007). Codifying a Commons: Copyright, copyleft, and the Creative Commons Project. Chicago-Kent Law Review 82(2): pp. 963-996.

Una manifestación evidente de la transformación de las formas en que las personas consumen cultura o entretención ante la necesidad de los autores de armonizar sus modelos de negocios con las prácticas cibernéticas, entre las cuales la «piratería» ocupa un lugar importante, es la venta directa de música en formato digital por sus autores, licenciando sus discos con Creative Commons, autorizando expresamente la reproducción y adaptación de las piezas musicales, a condición de que se haga sin fines de lucro. Al respecto véase en CERDA SILVA, Alberto y RUIZ GALLARDO, Claudio. (2010). Internet, Copyright y Derecho: Opiniones contingentes. Revista Derechos Digitales, p. 72 [en línea] Disponible < https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/Internet-Copyright-y-Derecho_Opiniones-Contingentes_Silva-y-Ruiz.pdf > [consulta: 13 julio 2020].

⁵ Internet puede ser concebido como la red de redes que implica la conexión entre una serie finita de computadores a través de múltiples redes de telecomunicaciones, de naturaleza diversa, que utilizan un mismo

En el citado contexto, los modelos regulatorios de propiedad intelectual en plataformas digitales recogen las reglas del juego de la interacción de los actores de Internet (usuarios, autores o titulares de los derechos de autor e intermediarios de Internet) desde la fenomenología digital incipiente de la década de los 90' y principios del nuevo milenio.

La actualidad plantea nuevos retos a los cuales se enfrenta la rígida concepción relacional presente entre los citados actores, desde dos perspectivas distintas.

La primera, de carácter general, dice relación con la reacción temporal y crónica de un proceso continuo, ininterrumpido y sin final: la revolución tecnológica de Internet⁶. Esta consideración se encuentra en la base de la formulación de las lógicas actuales que obligan a revisar las respuestas que los modelos regulatorios de propiedad intelectual en plataformas

protocolo o lenguaje de comunicación (Transmisión Control Protocol o "TCP" e Internet Protocol o "IP"). De esta manera, es posible el tráfico desde un punto de la red a otro. En otros términos, Internet constituye una mega-estructura de sistemas de telecomunicaciones que forman una red global de redes informáticas, de carácter masiva, omnipresente y esencialmente descentralizada, en cuya virtud la información es traspasada por impulsos eléctricos generando un flujo en las más diversas y variadas direcciones.

Su creación y primitivas expresiones son de raigambre militar en el contexto de la Guerra Fría, específicamente al alero de la Agencia para Proyectos de Investigación Avanzada (también conocida como "ARPA" o "DARPA" por sus siglas en inglés) del Departamento de Defensa de los Estados Unidos, que encargó a la referida Agencia la invención de un sistema de comunicaciones seguro de ataques bélicos. En el citado contexto, Paul Baran creó un sistema de transmisión de datos por paquetes que permitía desglosar una información en diferentes unidades, las que tenían la capacidad de reunirse de manera integral en un momento posterior. A partir de la aplicación del modelo generado en el seno de ARPA, en 1969 nace la red Arpanet, cuyo triunfo estuvo en establecer conexión entre cuatro computadores pertenecientes a universidades, a la que luego se sumaron más centros de investigación, iniciándose el desarrollo de los principales protocolos de Internet.

El uso académico y profesional de internet se mantuvo hasta fines de la década del 80. Sin embargo, en la década de los 90', el programador del Centre Européen pour la Recherche Nucleare, Tim Berners-Lee, desarrolló un protocolo de visualización que era compatible con cualquier sistema operativo de los computadores que se conectaban a la red. Fue allí cuando nació la World Wide Web (en adelante "WWW" o "la web"), que constituye la más importante herramienta de Internet. Véase en VEÁ VARÓ, Andreu. (2002). Historia, sociedad, tecnología y crecimiento de la red. Tesis para optar el grado de Doctor en Ingeniería de las Telecomunicaciones, Barcelona, La Salle de la Universidad Ramón Llull. Primera Parte, p. 4.; LÓPEZ RUBIO, Gustavo. (2002). Tecnologías de internet (de Arpanet a la 3G). Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales (5): p. 24., y BERNERS-LEE, Tim y GROFF, Jean-François. (1992). The Worl-wibe web. Computer Networks and ISDN Systems (25): 454-459.

⁶ PINOCHET CANTWELL, Francisco José. (2006). El Derecho de Internet. Santiago, Editorial de Derecho de Chile, p. 19.

digitales dieron en su momento al fenómeno de la circulación de contenidos digitales en Internet⁷.

La mencionada fórmula recogió la realidad temporal y causalmente situada en su origen, desarrollada a partir de la década de los 90', mediante Tratados Internacionales, Acuerdos de Libre Comercio y, principalmente, a través de la reglamentación legal de los derechos y deberes de los actores de Internet.

Sin embargo, dichas reglamentaciones aparecen como respuestas tempranas en torno a la evolución tecnológica de Internet. En tal sentido, los modelos regulatorios de propiedad intelectual en la era digital han venido siendo tensionados por elementos que no se tuvieron en vista el tiempo de su formulación. Lo anterior exige un upgrade⁸ de los modelos de 1998 (Digital Millennium Copyright Act) y del año 2000 (Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior)⁹ en el marco del Internet 3.0¹⁰.

La segunda perspectiva bajo la cual resulta preciso otorgar la debida relectura a la noción relacional tradicional de los actores de Internet que sirve de sustento a los modelos

⁷ La referencia anterior está hecha a las nuevas Directivas europeas que vienen a modernizar el mercado digital y el derecho de autor en el modelo del viejo continente. «La rápida evolución tecnológica transforma sin cesar la manera en que se crean, producen, distribuyen y explotan las obras y otras prestaciones. Siguen surgiendo nuevos modelos de negocio y nuevos agentes. La legislación aplicable debe mantener un carácter estable frente a futuras innovaciones, de forma que no limite el desarrollo tecnológico. Los objetivos y los principios establecidos por el marco de la Unión en materia de derechos de autor continúan siendo sólidos. Con todo, persiste cierta inseguridad jurídica, tanto para los titulares de derechos como para los usuarios, en lo que se refiere a determinados usos, entre ellos los de carácter transfronterizo, de las obras y otras prestaciones en el entorno digital». Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, considerando 3.

⁸ Loc. Actualización, mejoramiento, amplificación o modernización.

⁹ Téngase presente que el periodo comprendido entre los años 1997 y 2001, se caracterizó por el surgimiento de un modelo de negocio protagonizado por las «empresas puntocom», esto, entidades empresariales vinculadas al sector de Internet. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Adrián. (2019). Youtube como plataforma de difusión de contenido y soporte publicitario. Análisis de los youtubers más relevantes en el ámbito nacional español. Facultad de Administración y Dirección de Empresas, Universitat Politècnica de Valencia. Tesis para optar al grado de Licenciado en Administración y Dirección de Empresas, p. 12.

¹⁰ SALAZAR ARGONZA, Javier. (2011). Estado actual de la web 3.0 o web semántica. Revista Digital Universitaria (12-11): 3-17.

regulatorios de intermediación de contenidos digitales, más particular que la anterior, es producto de una descripción general del rol de los intermediarios de Internet.

En estos términos, los modelos regulatorios se basan en la relación unidireccional entre los usuarios de Internet que consumen los contenidos digitales que circulan en sus redes y los autores o titulares de derechos de autor sobre los referidos contenidos; en medio, los intermediarios de Internet, como eslabón necesario de la cadena, pero irresponsables ante los daños producidos por los usuarios a los derechos de autor¹¹.

En dicho escenario, el intermediario no tiene la posibilidad fáctica de control y/o edición de los contenidos que trasmite, almacena o enlaza, de donde se presume su desconocimiento de las actividades ilícitas desarrolladas por los usuarios¹².

Las tempranas e históricas respuestas comparadas al escenario de conflicto suscitado entre la necesidad de salvaguardar los derechos de autor ante mecanismos digitales que facilitaban su vulneración y la de definir las responsabilidades de los intermediarios de Internet en dicho contexto, determinaron la irresponsabilidad de éstos últimos en la medida en que cumplieran con una serie de condiciones activas y pasivas de cooperación con el objeto de frenar las infracciones a la propiedad intelectual de sus titulares.

Es así como los dos grandes modelos referenciales de intermediación de contenidos digitales (el norteamericano de 1998 y el europeo del año 2000), definieron el rol de los intermediarios de Internet desde una concepción funcionalista de su interacción con los contenidos digitales, distinguiendo entre intermediarios de acceso a Internet o de mera conducción, intermediarios de almacenamiento temporal o caché, intermediarios de alojamiento de contenidos o de hosting e intermediarios de referenciación de contenidos (este

¹¹ En el marco anglosajón se ha hecho referencia a este fenómeno a través de la descripción de la construcción del modelo de Internet, como un diseño de “extremo a extremo”, en donde los proveedores de servicios de Internet (entiéndase proveedores de infraestructura de Internet) no pueden controlar el contenido que circula por la red. Al respecto véase en MURTAGH, Michael P. (2009). The FCC, the DMCA, and Why Takedown Notices are not enough. *Hastings Law Journal* (61-1): 239.

¹² JIJENA LEIVA Renato. (2002). Internet y Derecho: criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad de los ISP, en *Derecho Informático*. Tomo II. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, pp. 94 y 95.

último en el modelo norteamericano), excluyendo la posibilidad de que pudiera hacerse efectiva su respecto la responsabilidad civil por los daños ocasionados a los titulares de derechos por los usuarios de sus redes.

El ejercicio de la determinación de los fines a los cuales apuntaron los modelos regulatorios de principios del segundo milenio se construye a partir del estudio de los antecedentes documentales de la etapa de diseño de los modelos, en donde la discusión legislativa estuvo guiada por la elección de los medios más adecuados, seguros y económicos para alcanzar las metas o valores a los cuales apuntaba la realización del modelo.

No es pretendido por el presente estudio plantear cuestiones relativas a la validez, idoneidad o justicia de los fines de los modelos regulatorios, en cambio, se trata aquí de dilucidar la conexión entre los fines y las normas que regulan las prácticas insertas en las relaciones digitales¹³.

Dentro de los precedentes lineamientos, los modelos regulatorios se configuraron en miras a la prosecución de los fines de tutela cooperativa de derechos de autor en línea y equilibrio de intereses de los actores de Internet, en la normativa estructural de su regulación, según dará cuenta el presente estudio a través de la exposición y análisis de la historia legislativa de ambos modelos (norteamericano y europeo).

La primera finalidad señalada tenía por esencia normativa propender a la delimitación del rol de los intermediarios dentro de los márgenes de apoyo y colaboración a los intereses de los titulares de derechos en la contención de las infracciones a su propiedad intelectual, en atención al rol central en la transmisión y difusión de contenidos digitales que los primeros desempeñan en el entorno cibernético.

A su vez, el equilibrio de intereses fue una finalidad -al igual que la de tutela cooperativa-, declarada por los legisladores de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales, motivada causalmente y en gran medida, por la presión de los

¹³ Sobre el alcance en la hermenéutica legal y orientación aristotélica, véase a DE ZAN, Julio. (2004). La ética, los derechos y la justicia. Montevideo, Editorial Konrad Adenauer Stiftung.

grandes conglomerados de Internet en torno a la falta de seguridad jurídica en el desenvolvimiento de sus modelos de negocios amenazados por la eventual sobrecarga en la detección y protección de los derechos de autor de terceros.

En tal sentido, el diseño de los modelos regulatorios de contenidos digitales sujetó a los intermediarios a condiciones de puerto seguro bajo las cuales se eximían de responsabilidad por los daños ocasionados por sus usuarios autores de las infracciones a los derechos de autor de terceros, bajo una concepción de única función de intermediación (acceso, caché, hosting o referenciación) y de relaciones unilaterales de contacto entre los diversos actores de Internet.

Sin embargo, la modernidad (en sus aristas de desarrollos tecnológicos, nuevos modelos de negocios y prácticas vigentes) ha desafiado la figura estática de los actores de Internet, reconfigurándola: aparece así, un cuadro de relaciones bidireccionales entre los usuarios, titulares de derechos de autor e intermediarios de contenidos en digitales, con calidades que pueden, incluso, intercambiarse o compartirse (piénsese en las plataformas que colaboran con la creación de productos de propiedad intelectual, tales como videos, presentaciones digitales, imágenes, etc.).

En el citado marco, los contenidos digitales (servicios, productos e información), son ofrecidos a través del acceso masivo a plataformas digitales en cuya virtud la selección del producto consumido por los usuarios atiende al control de un determinado canal de distribución dominante que permite a los intermediarios articular servicios de valor añadido (v.gr. publicidad personalizada, atención a través de chat en línea, alteración de órdenes de preferencia, combinación entre aplicaciones gratuitas y adicionales de pago, entre otros)¹⁴.

Esta configuración moderna de la tecnología ejerce una presión importante sobre los antecedentes fácticos que sostuvieron el diseño de los modelos regulatorios de Internet y que comienzan a impulsar el desarrollo de nuevos modelos, como en la experiencia europea, a

¹⁴ FRANSMAN, Martin y BOGDANOWICZ, Marc. (2014). Models of innovation in global ICT Firms: the emerging global innovation ecosystems. JRC Science and policy reports. Luxembourg, Joint Research Centre, European Commission, p. 33.

partir de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital, de 26 de marzo de 2019, cuya base adhiere a la protección de los derechos de autor y al incentivo de los nuevos modelos de negocios nacidos al alero de la revolución tecnológica¹⁵.

Un aspecto esencial del entendimiento relativo a la necesidad de reconstrucción del rol de los intermediarios de Internet ante los modernos desarrollos tecnológicos, los nuevos modelos de negocios y las prácticas vigentes en la era digital, es consustancial con el examen de la vigencia de los fines de tutela cooperativa y de equilibrio de intereses de los modelos regulatorios de referencia comparada o, a contrario sensu, de la pérdida de vigencia de éstos.

Los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales, en el marco de los derechos de autor en línea, desarrollaron una serie de reglas, estructuras y procedimientos abocados al cumplimiento de los fines propuestos en su diseño, por tanto, resulta del todo justificable preguntarse sobre la adecuación actual de los modelos regulatorios en torno a los fines perseguidos por dichas reglas, estructuras y procedimientos que engloban la función de los intermediarios de Internet en la protección de los derechos de autor.

En tal sentido, la presente investigación se edifica sobre la base de vigencia de los fines de los modelos regulatorios, en la medida en que los fines identificados en el diseño de los modelos se mantienen en el núcleo de intereses de los actores de Internet (tutela de los derechos de autor y equilibrio de los intereses en juegos) para enfrentar la regulación de la propiedad intelectual en el mundo digital actual.

Congruente con la precedente exposición, y desde una perspectiva teleológica, la pregunta de investigación sobre la cual orbita el presente estudio pretende responder ¿en qué medida los modelos regulatorios de intermediación vigentes son adecuados en cuanto al cumplimiento de los fines de tutela cooperativa de los derechos de autor en línea y de equilibrio de intereses en juego, que se tuvieron en vista al tiempo de su implementación, en

¹⁵ DE LA VEGA, Diego. (2018). La Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital. *Revista Economist & Jurist*, p. 36 [en línea] Disponible < https://ecija.com/wp-content/uploads/2018/11/ECIJA_Diego-de-la-Vega_07_comunitarioI.pdf > [consulta: 17 septiembre 2020].

consideración de la transformación de la realidad digital en manos de los desarrollos tecnológicos, nuevos modelos de negocios y prácticas vigentes en el ciberespacio, lo que plantea la necesidad de redefinición del rol de los intermediarios de Internet en la protección de los derechos de autor en línea?.

La hipótesis de la presente tesis doctoral da respuesta a la precedente interrogante, a través de la constatación de que los modelos regulatorios de intermediación vigentes son, hoy, inadecuados en cuanto al cumplimiento de los fines de tutela cooperativa de los derechos de autor en línea y de equilibrio de intereses en juego, que se tuvieron en vista al tiempo de su implementación, en consideración de la transformación de la realidad digital en manos del desarrollo tecnológico, nuevos modelos de negocios y prácticas vigentes en el ciberespacio, lo que plantea la necesidad de redefinición del rol de los intermediarios de Internet en la protección de los derechos de autor en línea.

En otros términos, la hipótesis que aquí se plantea, apunta a la falta de correspondencia entre las normas de intermediación de contenidos digitales de los modelos regulatorios y los fines señalados, debido a la transformación de la práctica tecnológica vigente.

El criterio de adecuación permitirá arbitrar los insumos valorativos necesarios para medir la falta de correspondencia antes descrita¹⁶.

Según tendremos oportunidad de precisar, la inadecuación que se comprobará en el presente estudio doctoral, corresponde a una prueba de consistencia externa a través de la cual se evaluará, teleológicamente, la coherencia medio/fin de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales.

La relevancia de nuestra investigación en cuanto aportación al actual estado del arte, consiste en que no existen estudios abocados al examen de la consistencia de los fines de los

¹⁶ Sobre el valor del criterio de adecuación en la ética aristotélica, véase a SERRANO, Enrique. (2005). La teoría aristotélica de la justicia. *Isonomía* (22): p. 147.

modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales para con las estructuras normativas a que dieron origen.

Existen, en cambio, diversos estudios de índole descriptiva y analítica del derecho de autor frente a las nuevas tecnologías¹⁷, así como varios de naturaleza empírica relativos al cumplimiento de las reglas tutelares de propiedad intelectual en el ciberespacio¹⁸ o dirigidos a mensurar el impacto de los procedimientos de puerto seguro en el combate contra la «piratería» digital¹⁹.

La relevancia de una investigación sobre los fines de los modelos regulatorios de contenidos digitales, es que nuestro estudio arbitrará los insumos teóricos y analíticos suficientes para realizar un ejercicio valorativo sobre la adecuación de los modelos vigentes en la mantención de las estructuras normativas de protección a los derechos de autor en Internet y en la determinación del rol de los intermediarios de Internet.

Así las cosas, no existen en nuestro medio estudios relativos a la transformación de la intermediación de contenidos protegidos por derechos de autor en el entorno digital como fundamento de la determinación del rol de los intermediarios atribuido por los modelos regulatorios vigentes.

¹⁷ Solo a modo ejemplar, véase a SALA MERCADO, José Pablo. (2017). El derecho de autor frente a las nuevas tecnologías desde una perspectiva ius privatista y su reflejo actual en el derecho argentino. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* (6-3): 97-120; GARZA BARBOSA, Roberto. (2015). El derecho de autor, las nuevas tecnologías y el derecho comparado. Una reflexión para la legislación nacional y sus desarrollos jurisprudenciales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (43-142): 41-89; UGARTECHE VILLACORTA, Rubén. (1997). El derecho de autor y las nuevas tecnologías. *Revista Themis* (36): 203-211; FARRÉ, Pedro. (2008). Los derechos de autor en Internet. *Anuario Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá* (1): 67-72; RUBI MARTÍNEZ, Nadia. (2007). Las nuevas tecnologías en el derecho de autor y su evolución en Colombia. *Revista Estudios y Valores* (10-19): 99-106; KRAMARSKY, Stephen. (2001). Copyright enforcement in the Internet age: The law and technology of digital rights management. *DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law* (11-1): 1-44.

¹⁸ Sólo a modo ejemplar véase en GÓMEZ BELLVÍS, Ana. (2018). Crónica de una ineficacia anunciada: Un estudio sobre los factores asociados al cumplimiento en el ámbito de la propiedad intelectual. *InDret Revista para el Análisis del Derecho* (1): 2-22; HUI, Kai-Lung y PNG, Iván. (2003). Piracy and the legitimate demand for recorded music. *Contributions to Economic Analysis & Policy* (2-1): 1-22.

¹⁹ Véase solo a modo ejemplar en SAG, Matthew. (2017). Internet safe harbor and the transformation of copyright law. *Notre Dame Law Review* (93): 1-62.

Referencialmente, en Chile, el espectro de la discusión ha estado marcado por algunos estudios sobre el régimen de responsabilidad civil de los prestadores de servicio de Internet antes²⁰ y después²¹ de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.435 del año 2010, que introdujo un capítulo III a la Ley N° 17.336 de Propiedad Intelectual, denominado «Limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet», satisfaciendo necesidades epistémicas en torno a las condiciones bajo las cuales dichos prestadores no son responsables por las infracciones a la propiedad intelectual cometidas por sus usuarios.

Ciertamente dichos trabajos no dan respuesta a la interrogante relativa al rol de los intermediarios de Internet en el marco de la contención a las infracciones de la propiedad

²⁰ Véase a MATURANA MIQUEL, Cristián. (2002). Responsabilidad de los proveedores de acceso y contenido en Internet. *Revista Chilena de Derecho Informático* (1): 17-30; PIÑEIRO UGARTE, Lorena. (2004). Responsabilidad de los ISPs por violaciones a la propiedad intelectual: Estados Unidos, Europa y Chile. *Revista Chilena de Derecho Informático* (5): 171-190; SCHMITZ VACCARO, Christian. (2009). Propiedad intelectual, dominio público y equilibrio de intereses. *Revista Chilena de Derecho* (36-2): 343-367; SCHUSTER VERGARA, Santiago. (2004). Propiedad intelectual en Internet: Responsabilidad legal en las redes digitales. Congreso Internacional de Propiedad Intelectual, Derecho de Autor y Propiedad Industrial; DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. (2004). Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet por infracción de los derechos de autor. *Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección de Derecho Privado* (1): 33-64; VÁSQUEZ VARGAS, María de los Ángeles. (2008). Responsabilidad de intermediarios y prestadores de servicios de Internet. Santiago, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile; WALKER ECHEÑIQUE, Elisa. (2007). Responsabilidad extracontractual en el derecho de autor. Referencias específicas a las redes digitales. Santiago. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 127 pp.

²¹ Véase a HERCOVICH MONTALBA, Matías. (2013). Responsabilidad de los ISP por contenidos ilícitos o infractores de terceros. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* (2): pp. 113-148; HUICHALAF ROA, Pedro. (2010). Reforma a la Ley de Propiedad Intelectual en Chile. *Revista El Derecho Informático* (3): 13-15; IGLESIAS MUÑOZ, Carmen. (2010). Modificaciones de la Ley de Propiedad Intelectual. *Gaceta Jurídica* (359): 7-8; ZINK, Manfred. (2013). Regulación de la neutralidad de la red en Estados Unidos y Chile. *Revista Derecho Público Iberoamericano* (3): 155-186; CERDA SILVA, Alberto. (2014). Limitación de responsabilidad de los prestadores de servicio de Internet por infracción a los derechos de autor en línea. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (42-1): 121-148; WALKER ECHEÑIQUE, Elisa. (2014). Manual de propiedad intelectual. Santiago, Editorial Thomson Reuters, pp. 43 y ss.; RAMÍREZ, Jhovanka. (2014). Aplicabilidad de la responsabilidad extracontractual en los derechos de autor de propiedad intelectual en Chile. Una perspectiva del S.XXI. *Estudios Jurídicos. Democracia y Justicia* (3): 77-99; MILLALEO HERNÁNDEZ, Salvador. (2015). Los intermediarios de Internet como agentes normativos. *Revista de Derecho (Valdivia)* (28-1): 33-54; COLNAGO, Claudio y PEDRA, Adriano. (2016). Los deberes de los proveedores de servicios de Internet en el medio ambiente digital: el caso del derecho de réplica en Brasil. *Revista Estudios Constitucionales* (2): 347-364; ALFARO SAN MARTÍN, Rodrigo. (2017). Responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet: El caso Rodríguez, María Belén c/ Google Inc.s/daños y perjuicios (Argentina). Santiago, Actividad Formativa Equivalente para obtener el grado de Magíster en Derecho y Nuevas Tecnologías, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 94 pp.

intelectual en la red, cuando la fórmula de determinación del papel que han de desempeñar, ha mutado en brazos de los cambios tecnológicos, de los modelos de negocios y de las prácticas de creación y circulación de contenidos en la Internet.

De allí que nuestra investigación se aboque a la determinación de los fines de los modelos regulatorios de la intermediación de contenidos digitales en el marco de la protección a los derechos de autor que sirvieron para construir los modelos de la DMCA y del modelo europeo, en la medida en que constituye un aspecto de la regulación de la propiedad intelectual en Internet que no ha sido abordado hasta ahora.

Para el éxito de la precitada empresa, nos abocaremos a la comprobación de que los fines de tutela cooperativa en la protección de la propiedad intelectual en Internet y de equilibrio de intereses en juego, corresponden a sus finalidades basales.

Luego, nuestra investigación persigue determinar cómo la evolución de las funciones de intermediación en base a los desarrollos tecnológicos, modelos de negocio y prácticas digitales obliga a redefinir el rol de los intermediarios de Internet en torno a la protección de los derechos de autor en el ámbito digital.

De ahí que un eje importante del presente estudio sea el análisis de las tendencias normativas esenciales para reconfigurar el régimen de derechos de autor de los modelos regulatorios vigentes y adaptarlos a los cambios tecnológicos y modelos de negocio y prácticas vigentes, considerando especialmente el Informe de la U.S. Copyright Office, de mayo de 2020, sobre la Sección 512 y la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el Mercado Único Digital aprobada en marzo de 2019, así como la evolución de la jurisprudencia en la materia.

A su vez, la visión de los actores de Internet nos permitirá evaluar la consistencia entre los fines de los modelos y su contenido normativo, así como la reconstrucción de la ratio legis de los modelos regulatorios.

Por tanto, realizaremos un análisis de las finalidades declaradas por el legislador de los modelos regulatorios, para luego proceder a evaluar su adecuación, teniendo a la vista la

transformación tecnológica, las tendencias normativas y la visión de los actores sistematizada en informes oficiales insertos en el marco de la propia evaluación que los modelos tradicionales han venido trabajando durante los últimos años.

Ahora bien, en cuanto a la estructura de la investigación doctoral esta se articulará en base a seis capítulos.

El primer apartado, se destinará a la predeterminación de algunas cuestiones teóricas esenciales en la construcción de la tesis doctoral en torno a la adecuación de los modelos regulatorios de intermediación y al desarrollo conceptual de las instituciones basales en el desarrollo de la investigación.

El segundo, servirá al estudio de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales vigentes.

El tercero se abocará al estudio de los fines de los modelos regulatorios de intermediación.

El cuarto capítulo abordará las funciones de intermediación de contenidos digitales a la luz de los cambios tecnológicos, modelos de negocio y prácticas vigentes, con especial énfasis en los intermediarios de acceso masivo a contenidos en línea, en clave de adecuación de los fines de los modelos regulatorios ante la realidad digital presente.

El capítulo quinto versará sobre la evolución del tratamiento jurisprudencial de los intermediarios en la protección de los derechos de autor en la escena digital.

Finalmente, el último capítulo reflejará las consideraciones finales en cuanto al ejercicio valorativo de la adecuación de los modelos regulatorios.

2. Metodología de la investigación

La presente investigación doctoral utilizará una metodología de reconstrucción finalista aplicada a los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales en dos etapas.

Primero, se reconstruirá el contenido finalista de la historia legislativa de los modelos regulatorios de la DMCA y de la DCE, a objeto de determinar cuáles fueron los fines perseguidos por la estructura normativa de reglas y procedimientos de ambas respuestas de Derecho comparado.

La reconstrucción finalista de los modelos regulatorios se hará a partir del estudio de las motivaciones legislativas que tengan un antecedente documental, en la medida en que la ausencia de respaldo documental en la determinación del alcance finalista de la construcción de los modelos regulatorios de Internet trae aparejado el riesgo de incluir motivos subjetivos-individuales del legislador, separándose así del análisis que tiene como antecedente el proceso deliberativo de la colectividad.

En segundo término, una vez determinados cuáles fueron los fines perseguidos por los legisladores de los modelos regulatorios clásicos, se contrastarán dichos fines con la información relativa a la discusión jurídica y jurisprudencial, pero esencialmente práctica, proveniente de los operadores del sistema de protección de derechos de autor en Internet, lo que configura la expresión valorativa de la realidad digital actual.

Al respecto, resulta necesario formular tres prevenciones metodológicas.

a) La faz práctica a que hace referencia el presente apartado, dice relación con el análisis de los informes oficiales y actuales que recogen la valoración de los modelos regulatorios por parte de los operadores y actores de Internet.

Así las cosas, en el marco del modelo de la DMCA, la principal fuente finalista utilizada en el presente estudio doctoral, que comprende estudios actualizados de valoración

de las normas, reglas y procedimientos en que se traducen los fines del modelo, fue el último reporte de la U.S. Copyright Office, de mayo de 2020.

A su vez, en el caso europeo, el análisis finalista se construye a partir de la extracción de la valoración de los fines contenida en la historia legislativa de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital (en adelante «PDMUD») y de la Directiva 790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, aprobada el 17 de abril de 2019, así como en las consultas públicas realizadas en el contexto de su elaboración.

b) Este ejercicio nos permitirá comprobar la hipótesis de estudio y determinar la inadecuación de los fines de los modelos regulatorios en el marco de la realidad digital actual dirigida por los nuevos modelos de negocios, desarrollos tecnológicos y prácticas vigentes.

Dentro de la metodología de la investigación, los estudios observacionales, como los mencionados con anterioridad, permitirán realizar un análisis que sistematice los resultados derivados de las opiniones de los actores de Internet en cuanto a la adecuación de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales a la escena actual de la propiedad intelectual en Internet.

c) Existe, tanto en la etapa de diseño de los modelos regulatorios, como en la de re-evaluación de la adecuación de los fines de dichos modelos, un proceso deliberativo que queda en manos de la comunidad (actores de Internet) y no en manos de agentes individuales.

Esto último supone, en el plano europeo, un cambio normativo efectivo traducido en la reglamentación que altera el rol que tradicionalmente han desempeñado los intermediarios de Internet en la protección de la propiedad intelectual en Internet, manifestado principalmente en la PDMUD del año 2019 y en la Directiva 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y, en el plano norteamericano, un germen relevante de un proceso deliberativo de re-evaluación de los equilibrios y cargas de tutela de los derechos de autor en línea.

Con arreglo a lo anterior, cabe señalar que la presente investigación no recoge opiniones o evaluaciones aisladas, antes bien, éstas se enmarcan dentro del mencionado proceso deliberativo.

En el ámbito norteamericano, este proceso está siendo liderado por los principales actores del modelo regulatorio de la DMCA, lo que denota el carácter público de este proceso²² que, lejos de conjugar opiniones desconexas y aisladas de índole individual, es decir, de recoger un juicio de adecuación subjetivo en abstracto, comprende un juicio de adecuación colectivo dentro de un proceso deliberativo con miras a una revisión normativa.

Ciertamente, el Derecho comparado será, sin lugar a dudas, un mecanismo de valiosa utilidad, por lo que dicho método será utilizado de forma transversal en nuestro estudio, con la finalidad de comprender las estructuras de los modelos regulatorios vigentes y las principales tendencias en su transformación normativa.

Resulta importante destacar que el presente no responde a un análisis dogmático, dado que, y aun cuando se utilice el elemento de análisis finalista, lo cierto es que dicho instrumento de investigación está destinado a realizar una prueba de consistencia que sirva de base para quienes hacen la política jurídica para evaluar la adecuación de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales.

Cabe hacer presente que, a raíz del carácter comunitario del marco normativo europeo, la presente tesis utilizará una argumentación ejemplificativa respecto de algunos casos de implementación del modelo de la DCE configurando hipótesis de bajada de las disposiciones de dicha Directiva en el plano particular de algunos países, tales como España, Francia y Reino Unido, entre otras.

²² Téngase presente que el estudio contenido en el último reporte de la U.S. Copyright Office, de mayo de 2020, fue encargado por el Congreso norteamericano. «The publication of this Report is the final output of several years of effort by the Copyright Office to assist Congress with evaluating ways to update the Copyright Act for the 21st century». U.S. Copyright Office. (2020). Section 512 of Title 17. A report of the register of copyright, p. 3.

La razón de reforzar las alusiones y tratamiento de los precitados casos de Derecho comparado, radica en el valioso aporte que es posible extraer de dichos sistemas jurídicos, en orden a revelar el importante desarrollo normativo que han presentado en materias de propiedad intelectual en Internet.

La investigación se apoyará, además, en un análisis jurisprudencial proveniente del desarrollo de los casos judiciales emblemáticos en el contexto norteamericano y europeo sobre el rol de intermediación que han venido desempeñando los intermediarios de Internet en la protección de la propiedad intelectual en el entorno digital, así como de aquel proveniente de los pronunciamientos judiciales que apoyan la hipótesis en que se sustenta el presente estudio.

Finalmente, en este punto de la investigación doctoral, cabe hacer presente que los fines del diseño de los modelos regulatorios tradicionales, esto es, tutela cooperativa y equilibrio de intereses en juego, finalidades que la tesis reconstruirá en su alcance teleológico, permanecen vigentes en los respectivos modelos, en la medida en que no ha variado su comprensión así como tampoco se han adicionado otros fines de alcance estructurador de los marcos normativos de propiedad intelectual en Internet.

CAPÍTULO PRIMERO

LA ADECUACIÓN A LOS FINES DE LOS MODELOS REGULATORIOS DE INTERMEDIACIÓN. DESARROLLO CONCEPTUAL

1. Ideas preliminares

La investigación doctoral plantea la falta de adecuación de los modelos regulatorios vigentes ante los nuevos desarrollos tecnológicos, modelos de negocios y prácticas vigentes en cuanto a la satisfacción de los fines de su diseño, por tanto, resulta ineludible clarificar el concepto de adecuación que se utilizará para efectos de la tesis doctoral, de donde resulta necesario realizar ésta y otras aclaraciones terminológicas.

Así las cosas, nos avocaremos en un primer esfuerzo reflexivo a la tarea de precisar conceptualmente algunos elementos sobre los cuales se construirá la línea argumental de nuestro estudio, a fin de clarificar el enfoque basal de éstos y de los elementos de los cuales se deriva la explicitación del fenómeno planteado, esto es, la transformación de la intermediación de contenidos digitales como justificación central de la necesidad de relectura de los modelos regulatorios tradicionales en el marco de la protección a los derechos de autor en línea.

A modo de sistematización de las precisiones terminológicas que a continuación se expresarán, diremos que su contenido recaerá en las siguientes: a) adecuación, b) modelos regulatorios, c) intermediarios de Internet, d) rol de los intermediarios, e) intermediación combinada e, f) intermediación pura.

2. La adecuación de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales

2.1 Desarrollo conceptual

Resulta de suma importancia advertir el alcance que la terminología «adecuación» adoptará en el marco del presente estudio, a fin de calibrar idóneamente el eje analítico relativo al cumplimiento de los fines previstos por los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales en el marco de la protección de los derechos de autor en línea, así como de los elementos conjugados en el ejercicio de valoración de la adecuación.

En su conocida obra «Deliberation and Practical Reason», Wiggins expresaba que el proceso deliberativo debe estar precedido, en cuanto a la determinación de los fines, de un correlato de lo que significa el fin para el autor, es decir, el autor debe contar con un cuadro de términos asentados en la configuración de la finalidad perseguida²³. La deliberación, en la reflexión del jurista, no es una búsqueda directa o inmediata de los medios, sino que de la mejor especificación de qué significa el fin.

Lo anterior implica definir, en clave de especificidad, qué hemos de entender por el fin particular, v.gr. si la finalidad es tener una vida exitosa, el autor debe especificar en qué consiste el éxito en la vida (si se trata de un espectro amoroso, económico, profesional, humanitario, etc. o dos o más aspectos de forma copulativa) y en base a dicha definición el autor podrá crear un modelo de acción²⁴.

En efecto, el legislador no delibera sobre los fines (v.gr si legislará bien), sino que lo hace sobre los medios que conducen a los fines propuestos (en eso consiste la etapa de diseño legislativo), ergo, propuesto el fin, considera cómo y a través de qué medios lo alcanzará²⁵.

²³ WIGGINS, David. (1975-1976). *Deliberation and practical reason*. Proceedings of the Aristotelian Society. New Series (76-1), Published by Oxford University Press, p. 38.

²⁴ WIELAND, Wolfgang. (1999). Norma y situación en la ética aristotélica. *Anuario Filosófico* (32): p. 111.

²⁵ ARISTÓTELES. (1985). *Ética nicomáquea*. Ética eudemia (traducc. Julio Pallí Bonet). Madrid, Editorial Gredos, p. 186.

Con todo, no se trata aquí de una definición o especificación de los fines de manera arbitraria y ajena a la empresa colectiva del lenguaje y/o del entendimiento técnico de la comunidad a la cual se aplicará el modelo de acción, sino que la deliberación de los fines a partir de la cual el autor puede determinar su modelo de acción constituye una descripción de los medios elegidos hacia el fin propuesto (una vida amorosa estable, el crecimiento profesional y el ejercicio de ayuda humanitaria son tres medios posibles para el fin «vida exitosa»)²⁶ como resultado del background aportado por la colectividad administrada.

Así bien, el proceso deliberativo de determinación del modelo de acción a partir de la descripción de los fines perseguidos, está abierto a un proceso continuo que puede ser revaluado, ergo, se encuentra abierto al cambio, aunque no en manos de agentes individuales, sino que a cargo de las comunidades enteras, a través de la legislación o formulación de políticas públicas²⁷.

Coincidimos con Wieland en este punto, quien postula que la fundamentación de las normas puede escapar al dilema de la falta de universalidad de la adecuación de los medios –en consideración de que la finalidad prevista por el modelo de acción puede ser alcanzada por medios opuestos–, potenciando su revaluación en torno a las condiciones marginales propias de la situación (como los nuevos desarrollos tecnológicos, modelos de negocios y prácticas vigentes en el ciberespacio que no se tuvieron en vista al tiempo de la implementación de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales), con vistas a la situación cambiante y actual²⁸.

Todo proceso deliberativo debe tener en consideración la multiplicidad de medios que pueden alcanzar el fin propuesto, si existen varios, el autor deberá elegir el más fácil y mejor²⁹.

²⁶ El mismo razonamiento, véase en CAMMACK, Daniela. (2013). Aristotle's denial of deliberation about ends. *Polis* (30-2): p. 247.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ WIELAND, Wolfgang. (1999). *Op. cit.* p. 111.

²⁹ ARISTÓTELES. (1985). *Op. cit.*, p. 186.

Bajo al precedente postulado, la relectura de los modelos regulatorios, constatada la falta de adecuación de éstos en relación a los fines perseguidos (tutela cooperativa en la protección a la propiedad intelectual y equilibrio de intereses en juego), exige evaluar una transformación normativa que se adecuó a a la situación actual de la escena digital.

En suma, la adecuación consiste en una prueba de consistencia externa entre los fines perseguidos por los modelos de acción y los medios utilizados para ello, es decir, las estructuras normativas de los modelos regulatorios vigentes.

2.2 La ratio legis en la racionalización de los fines previstos

La ratio legis puede ser definida como el fundamento teleológico de la disposición legal, es decir, como aquella descripción del «para qué» de la regulación³⁰.

La ratio legis es de suma importancia para la teoría jurídica, así como también para la argumentación, en la medida en que desempeña un rol fundamental dentro del proceso racional conducente a una decisión o deliberación legal.

Sin lugar a dudas, aquello representa una herramienta de hermenéutica legal esencial para el juzgador al tiempo determinar el sentido y alcance de una o más disposiciones legales.

En el mismo sentido, la ratio legis sirve al juez en el contexto de la justificación pública del respaldo legal a la adjudicación³¹, a modo de argumentación teleológica de la norma aplicada.

Sin perjuicio de las utilidades expresadas en torno a la ratio legis en la argumentación y adjudicación, lo cierto es que ésta no es siempre evidente y requiere de un proceso de inferencia del camino legislativo, acompañado de la asunción de sus consecuencias

³⁰ CARRASCO JIMÉNEZ, Edison. (2017). Relación cronológica entre la ley y la realidad social. Mención particular sobre la «elasticidad de la ley». Revista Ius et Praxis (23-1): p. 570.

³¹ DAMIANO CANALE, Giovanni. (2010). What is the reason for this rule? An inferential account of the ratio legis. Bocconi Legal Studies Research Paper (24-1): p. 197.

argumentativas³² (cuando un juez afirma que la razón de una regla dada es «x», de manera implícita se compromete a fallar en dirección a «x»).

Ahora bien, existen dos grandes formas de recurrir a la interpretación de la norma a partir de la develación del propósito del legislador.

La primera trata de llegar al propósito subjetivo de la legislatura, es decir, aquel que expresa o implícitamente resulta inferible a partir del texto de la norma y de los documentos preparatorios (discusión de la ley en la etapa de diseño), circunscrita a un marco determinado de circunstancias sociales en la cuales la norma fue diseñada y promulgada³³.

En este sentido, la presente investigación se circunscribe al estudio del finis operantis³⁴ de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales, que es la causa que motiva al legislador en el establecimiento de las ideas matrices del diseño regulatorio.

La segunda, es objetiva, en la medida en que pretende arribar al propósito intrínseco, razonable o social de la regla. Si la calificación objetiva de los propósitos legislativos dice relación con ciertas finalidades que no dependen de los legisladores, creemos, entonces, que los propósitos objetivos son ajenos a la esencia de la ratio legis.

Aun cuando difiere de lo anterior, la calificación de evidente u obvia de la ratio de una norma, no tiene la potencialidad de escapar del espectro subjetivo de la intención del autor de ésta, y continúa circunscribiéndose a aquella que puede desprenderse —en este caso, con facilidad— del texto normativo o de los antecedentes documentales de la etapa de diseño³⁵.

El presente estudio utilizará la metodología de ratio legis subjetiva, en la medida en que se analizará el proceso de diseño de los modelos regulatorios de intermediación de

³² Op. cit. p. 199.

³³ GUASTINI, Ricardo. (2015). Interpretación y construcción jurídica. Revista Isonomía (43): p. 27.

³⁴ OTADY, Javier. (2009). La ratio en las fuentes normativas del Derecho Canónico. Ius Canonicum (49-97): p. 170.

³⁵ DAMIANO CANALE, Giovanni. (2010)., Op. cit. p. 203.

contenidos digitales a la luz de los fines declarados e inferibles a partir de la estructura normativa y de los insumos documentables de la etapa preparatoria de los mismos.

2.3 Transformación digital como modificación social que incrementa la brecha de adecuación

La transformación digital es actualmente un hecho público y notorio que afecta múltiples aspectos de la vida de las personas, tales como las relaciones interpersonales, el acceso a la cultura, información y las artes, las prácticas de entretenimiento y de ocio, e indudablemente, el comercio.

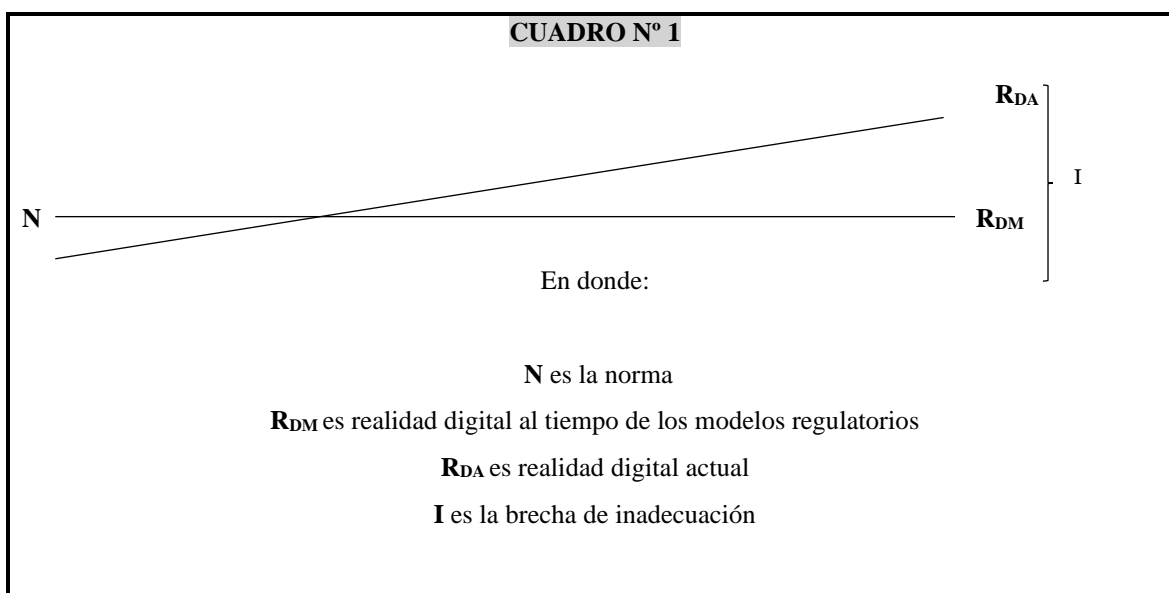
La interconexión a escala mundial que entrega un espacio sin fronteras geográficas ha sido objeto de un avance acelerado durante las últimas décadas y la adopción de nuevas tecnologías seguirá siendo impulsada por la naturaleza acumulativa del cambio tecnológico; por la naturaleza exponencial de las tecnologías modernas; por la convergencia de nuevas tecnologías; por la reducción de sus costos de generación; por los menores costos de acceso y, por la emergencia de las denominadas «plataformas de plataformas»³⁶ (como YouTube).

Todos los elementos referidos constituyen parte de la realidad digital actual, diversa de aquella presente al tiempo del diseño de los modelos regulatorios de intermediación.

Las figuras de intermediación combinada que hoy existen, están acompañadas del acceso masivo de los usuarios; servicios de computación en nube y expansión de los servicios streaming con la revolución de la industria de la música, el cine y la televisión; las redes sociales; la masificación de dispositivos con inteligencia artificial y el uso de ésta en la explotación de los modelos de negocios, la Deep Web, entre tantos otros fenómenos, constituyen evidencia de la transformación de la realidad digital.

³⁶ United Nations. (2018). Technology and Innovation Report. Harnessing Frontier Technologies for Sustainable Development, p. 11 [en línea] <<https://aechile.cl/wp-content/uploads/2018/05/Technology-and-Innovation-Report-2018-UNCTAD.pdf>> [consulta: 2 septiembre 2020].

En el citado contexto, la tesis doctoral expondrá cómo la transformación digital de las últimas dos décadas, acrecienta la brecha de adecuación entre los fines de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales y la estructura normativa de aquellos, lo que en términos del profesor E. Novoa Monreal alberga la desconexión de las normas y las realidades sociales a las que están llamadas a aplicar, esto, en consideración de que la realidad siempre avanza con mayor velocidad que la sanción legislativa³⁷, lo que puede ser representado por el esquema que sigue y que, por cierto, se ha inspirado en la esquematización realizada por el profesor Novoa:



En este sentido, N representa la norma que se va haciendo inadecuada a la realidad digital actual, en la medida en que la relación N y R_{DM} representa la proyección rígida de la ley en el tiempo.

³⁷ NOVOA MONREAL, Eduardo. (1968). La renovación del Derecho. Revista de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Concepción (144): p. 12.

El examen contenido en la tesis doctoral adopta relevancia, justamente, ante la proyección de los efectos de “I” a la luz de las transformaciones de la realidad digital (cambios tecnológicos, modelos de negocios y prácticas vigentes), lo que justifica la valoración de la adecuación de los fines con el medio de consecución de éstos, que es la norma.

2.4 Adecuación del marco de los modelos regulatorios

Para nuestros efectos, la adecuación dice relación con la «adecuación de la norma», esto es, con la capacidad de la norma para alcanzar el fin establecido por el legislador³⁸.

Desde esta perspectiva, una norma es adecuada cuando las consecuencias de su práctica permiten alcanzar los fines previstos por el autor del modelo de acción (modelo regulatorio).

El análisis teleológico determinará la adecuación de los modelos regulatorios de intermediación vigentes, en cuanto a sus fines declarados, a través del examen de la formación legislativa de sus marcos normativos.

Lo anterior se sitúa dentro del campo de los fines legislativos perceptibles, determinables y vinculados a la realidad conocida³⁹, en la medida en que el legislador determina los fines de la intervención del Derecho⁴⁰.

³⁸ GALIANA SAURA, Ángeles. (1999). La actividad legislativa en el Estado Social de Derecho. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho de la Universidad Rovira i Virgili (2): s/p.

³⁹ CAVINO, Massimo. (2009). Intención del legislador y significado de la ley ordinaria en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Italiana. Revista Derechos y Libertades (21-2): 17-55.

⁴⁰ PAREDO ROJAS, Marcela. (2013). El margen de apreciación del legislador y el control del error manifiesto. Algunas consideraciones a partir de la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés y del Tribunal Constitucional alemán. Revista Estudios Constitucionales (2): p. 63.

Dentro del proceso de emisión normativa, la identificación de sus fines desempeña un rol esencial en la configuración regulatoria y tiene influencia importante sobre el cumplimiento mismo de dichos fines⁴¹.

En el marco de la construcción jurídica, la cuestión de la adecuación de un cuerpo normativo (modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales) para con los fines legislativos, cabe dentro de dos escenarios prevalentes:

- a) No cumplimiento de la finalidad prevista por el legislador, por la inobservancia de la norma, o bien, porque aún su cumplimiento supone la insatisfacción parcial de la cima finalista prevista por el legislador en la medida en que aparecen supuestos de hechos desconocidos al tiempo de la creación de la norma⁴² o,
- b) Cumplimiento de la finalidad prevista por el creador de la norma.

Esto resulta de suma importancia si se tiene presente que la tesis doctoral se abocará al examen de los fines de los modelos regulatorios y no al estudio de la observancia de sus reglas.

La justificación de lo anterior radica en que incluir efectos de observancia normativa en nuestro análisis, sólo distorsionaría nuestras conclusiones⁴³, puesto que el objeto del presente estudio se dirige a la sistematización de los fines de los modelos regulatorios y no al análisis del cumplimiento de las reglas en ellos contenidas.

Así, el ejercicio de valoración de la adecuación de los fines previstos por el legislador de los modelos regulatorios de intermediación, prescinde de la mensura de observancia de sus postulados normativos y recae en el ámbito de la constatación de la necesidad de reevaluar

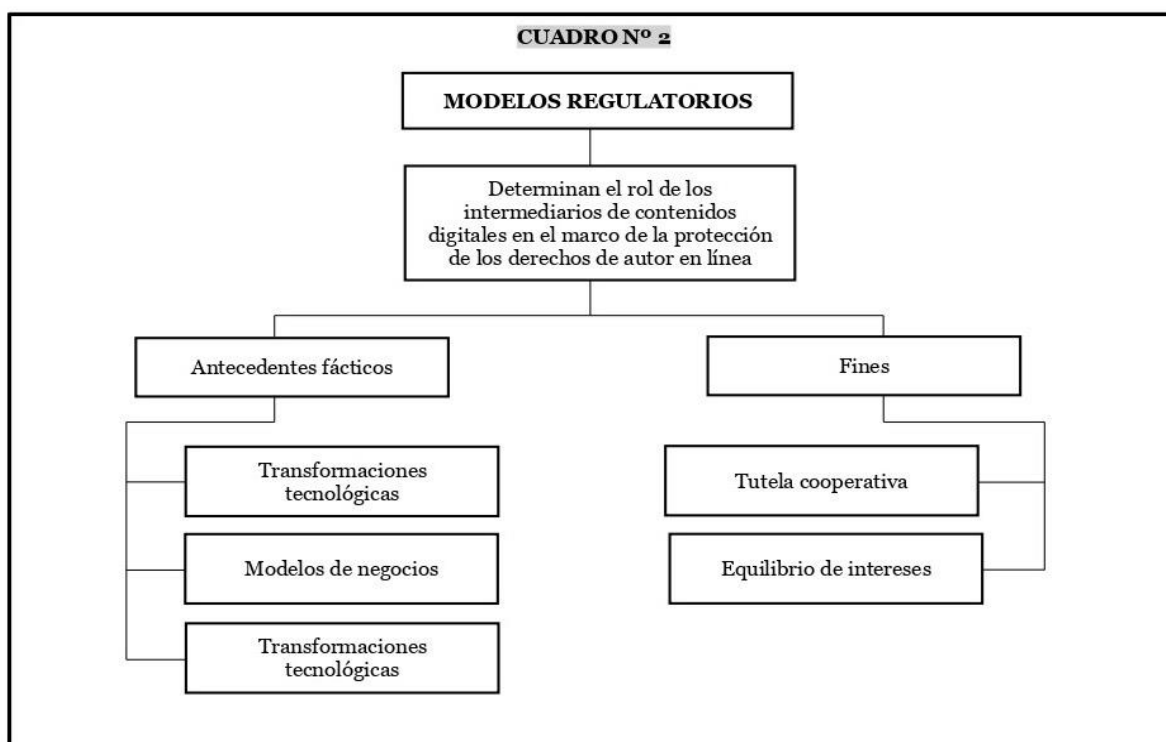
⁴¹ Lo anterior ha sido desarrollado con mayor profundidad por estudios de impacto regulatorio propuestos para la evaluación de la calidad normativa y de procesos de mejoramiento de la legislación vigente. La contribución más importante del análisis de impacto regulatorio no es aportar cálculos precisos, sino que analizar, cuestionar y comprender los impactos en el mundo real. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2008). Introductory handbook for undertaking regulatory impact analysis (RIA). Editions OCDE and Grupo FIAS/World Bank Group, p. 4.

⁴² GUASTINI, Ricardo. (2015)., Op. cit. p. 33.

⁴³ BRUCE, Douglass. (1980). The Common Good and the Public Interest. Political Theory (8-1): pp. 103-117.

el rol de los intermediarios de Internet en la protección de los derechos de autor definido al tiempo de la instauración de los modelos, dada la transformación de la realidad digital, esto es, de sus antecedentes fácticos, como supuestos de hecho desconocidos para el legislador al tiempo de la creación de la norma.

Por tanto y, desde una perspectiva metodológica, las transformaciones antes señaladas, serán estudiadas a partir del examen de los elementos de la fórmula de los modelos regulatorios, que conjuga los antecedentes fácticos y los fines, ambos presentes en la etapa de diseño de los modelos. Lo anterior puede ser esquematizado en la forma que sigue⁴⁴:



⁴⁴ La esquematización expresada es de creación propia y responde al único propósito de sistematizar los elementos configurativos de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales de protección a los derechos de autor en línea.

Luego, y a fin de precisar los alcances de la adecuación jurídica, objeto del presente estudio, resulta útil delimitar los elementos finalistas del esquema para clarificar lo que tendrá a la vista el estudio en torno a la valoración de la adecuación o inadecuación de los modelos regulatorios.

2.4.1 Modelos regulatorios y sus fines

Las referencias hechas a los «modelos regulatorios» en el marco de nuestra investigación, se deben a dos razones que respaldan su utilización:

a) La primera, de carácter semántica, como «arquetipo o punto de referencia para imitarlo o reproducirlo»⁴⁵.

Bajo dicha comprensión, una regulación constituye un modelo cuando es una referencia de reproducción normativa.

En el ámbito comparado, el estudio de los modelos regulatorios alberga el análisis de sus componentes dinámicos, esto es, i) regulador, ii) verificador y, iii) operador⁴⁶ y, aun cuando haya sido aplicado a ámbitos legales diversos del que aquí se presenta, es posible extrapolar su construcción para efectos de nuestro estudio.

Prevenido lo anterior, diremos que el regulador de los modelos de intermediación es el legislador, dado que establece y desarrolla los estándares técnicos, normativos y/o reglamentarios del modelo.

Los operadores son los diversos actores de Internet, de suerte que actúan como clientes en el marco normativo desarrollado por los reguladores, participando de la operatividad del espectro programático legal.

⁴⁵ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, vigésimo tercera edición.

⁴⁶ NZFSA. (2008). The regulatory model: An explanation. NZFSA Public Information paper, p. 11 [en línea] <<https://www.mpi.govt.nz/dmsdocument/22075/direct>> [consulta: 2 septiembre 2020].

Finalmente, los verificadores son los fines de los modelos respecto de los cuales se realizará valoración de adecuación, en la medida en que, en el ámbito comparado los verificadores se traducen en los elementos de auditoría del modelo⁴⁷.

Los modelos regulatorios que formarán parte de nuestra investigación, son el modelo norteamericano de la Digital Millenium Copyright Act (en adelante «DMCA») de 1998 y el modelo europeo integrado por la Directiva europea 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular en el mercado interior o también conocida como Directiva sobre el Comercio Electrónico (en adelante «DCE») y por la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital (en adelante «PDMUD») del año 2016, aprobada el 26 de marzo de 2019 por el Parlamento Europeo y por la Directiva 2019/790/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, de 17 de abril de 2019 (en adelante «Directiva 790»).

En este escenario, el apego al alcance semántico de las locuciones «modelos regulatorios» importa hacer presente la adjetivización del modelo de la DMCA como estándar implantado en diversos órdenes jurídicos a través de Tratados de Libre Comercio que Estados Unidos ha celebrado con múltiples Estados, como Australia, Singapur, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Colombia, Perú, Chile, entre otros⁴⁸. En tal sentido, el norteamericano constituye un arquetipo regulatorio.

⁴⁷ *Ibídem*.

⁴⁸ Tal y como ha enfatizado el Instituto Max Planck para la Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia (MPI), la propiedad intelectual ha sido utilizada como moneda de cambio en los acuerdos comerciales con Estados Unidos, reflejo de intereses comerciales y objetivos ajenos al sistema -idóneo- de protección de propiedad intelectual. MPI. (2013). Principios para las disposiciones sobre propiedad intelectual en Acuerdos Bilaterales y Regionales. Trigésimo Segundo Congreso Anual de la International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property (ATRIP), 23-26 de junio de 2013, Universidad de Oxford [en línea] Disponible en <https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/forschung_aktuell/06_principles_for_intellectua/principles_ip_rta.pdf> [consulta: 16 octubre 2018].

Por su parte, en el modelo europeo, la DCE y de la Directiva 790 funcionan como marco comunitario a partir del cual los miembros de la Unión Europea (en adelante «UE»), deben establecer sus propias regulaciones específicas. En efecto, el europeo es un modelo regulatorio comunitario, en el entendido de que son los poderes legislativos supranacionales de la Unión, el Consejo Europeo y el Parlamento Europeo, quienes crean el marco común a fin de que reciba a aplicación en los 27 Estados de la Unión⁴⁹.

b) La segunda de las perspectivas presentes en el alcance referencial de los «modelos regulatorios» dice relación con la extensión a la que abocaremos el presente estudio.

Las regulaciones que los sistemas jurídicos comparados han ido construyendo en torno a la propiedad intelectual de contenidos digitales circula dentro de un espectro normativo amplio en torno a los diversos aspectos de derechos de autor en plataformas digitales (v.gr. justa retribución a los autores, delitos contra la propiedad intelectual, posiciones doctrinales que abogan por la creatividad colectiva o creative commons⁵⁰, entre muchos otros).

Con todo, nuestra investigación solo se referirá a un aspecto regulado por los modelos vigentes, cual es el de la intermediación de contenidos en plataformas digitales (con especial referencia a las de acceso masivo), vereda desde donde los modelos regulatorios han asignado un rol a los intermediarios de dichos contenidos.

El funcionamiento mismo de Internet y los desafíos impuestos por la posibilidad de realizar múltiples y sucesivas copias de la información que circula en la red y que,

⁴⁹ Sobre el funcionamiento de la Unión Europea, véase en Comisión Europea. (2017). Unión Europea [en línea] Disponible en <<https://pagina.jccm.es/europa/pdf/PUBLICACIONES/2018%20La%20UE%20Que%20es%20y%20que%20hace.pdf>> [consulta: 2 de abril 2019].

⁵⁰ En diciembre de 2002 se hizo lanzamiento del proyecto “Creative Commons” a nivel internacional, creado en Estados Unidos, estructurándose a través de una organización no gubernamental sin fines de lucro. En América Latina se han realizado 3 conferencias sobre el sistema de creación intelectual colectiva (Chile en el año 2008; Ecuador en el año 2009 y Argentina en el 2010). Véase en “Tercera conferencia de creative commons en América Latina”. Ariel Vercelli (compilador). Buenos Aires, Fundación Sociedades Digitales, 125 p.

eventualmente, podrían transgredir los derechos de sus titulares, han condicionado a los sistemas jurídicos al establecimiento de derechos y obligaciones de los intermediarios de Internet en la contención de la infracción a la propiedad intelectual en línea.

Por tanto, la utilización de las voces «modelos regulatorios» incluye la idea semántica de estándar a partir del cual otros ordenamientos jurídicos han de establecer sus propias regulaciones internas, así como la idea de identificación para con la definición del rol de los intermediarios de Internet en la protección de los derechos de autor en el ciberespacio.

Por su parte, los antecedentes fácticos del esquema de intermediación, referidos a la realidad digital presente al tiempo de la instauración de los modelos regulatorios de propiedad intelectual en la escena digital, se basan, sin lugar a dudas, en la relación unidireccional entre los usuarios de Internet que consumen los contenidos digitales y los autores o titulares de derechos de autor sobre los referidos contenidos. Por su parte, los prestadores de servicios de Internet, como eslabón necesario de la cadena, son irresponsables ante los daños producidos por los usuarios a los derechos de autor⁵¹ si cumplen con las condiciones establecidas por los propios modelos.

Tanto el modelo norteamericano como el europeo tuvieron en vista al tiempo de su construcción e implementación ciertos antecedentes fácticos definidos: el desarrollo tecnológico presente hace dos décadas⁵², los modelos de negocios en idéntico espacio temporal y las prácticas entonces vigentes.

Luego, los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales, en lo que a protección de la propiedad intelectual respecta, tuvieron a la vista los fines de tutela cooperativa de derechos de autor en línea y equilibrio de los intereses en juego.

⁵¹ En el debate anglosajón se ha hecho referencia a este fenómeno a través de la descripción de la construcción del modelo de Internet, como un diseño de “extremo a extremo”, en donde los proveedores de servicios de Internet (entiéndase proveedores de infraestructura de Internet) no pueden discriminar en cuanto al contenido que circula por la red, dentro del clásico concepto de neutralidad de la red. Al respecto véase en MURTAGH, Michael P. (2009). *Op. cit.*, p. 239.

⁵² Salva la actualización de la regulación de la DCE del año 2019 a través de la aprobación de la PDMUD, de la cual se hará cargo el presente estudio en su capítulo primero al tratar los modelos regulatorios vigentes.

La primera finalidad mencionada, esto es, la tutela cooperativa de la propiedad intelectual en Internet, consiste en la contención conjunta de las infracciones a los derechos de autor en la escena digital por parte de los autores o titulares y los intermediarios de Internet.

Así, el Reporte 105-796 de la House of Representatives del Congreso, emitido en su segunda sesión, con fecha 8 de octubre de 1998, expresa que el Título II de la DMCA contiene incentivos para los intermediarios de Internet, a fin de que éstos cooperen en la detección y tratamiento de las infracciones a los derechos de autor en la red⁵³.

En el mismo sentido en el Reporte de la U.S. Copyright Office de 2016, sobre la Sección 512 de la normativa de derechos de autor norteamericana, la finalidad de contención cooperativa de las infracciones a la propiedad intelectual en línea, fue puesta de relieve, bajo la óptica de un ecosistema cooperativo y voluntario, donde todos los jugadores estén representados y en donde todos tengan un rol en el juego⁵⁴.

Por su parte, el Informe I sobre la entonces propuesta de DCE, de 23 de abril de 1999, expresaba la necesidad de establecer un régimen amplio que proporcionara las condiciones suficientes para que las partes interesadas «(...) contribuyan a levantar un entorno digital sin delincuencia», agregando que «(...) ello podría hacerse mediante el establecimiento de incentivos para el desarrollo de estas tecnologías y creando incentivos para la cooperación entre prestadores de servicios, consumidores y otros (...)»⁵⁵.

La segunda arista finalista objeto del análisis de adecuación, es el equilibrio de intereses en juego, que consiste en el balance que el legislador pretendió con la instauración de los modelos regulatorios en torno a los intereses involucrados en la determinación del rol de los intermediarios en dicha protección.

⁵³ House of Representatives. (1998). Report 105-796: Digital Millennium Copyright Act. 105TH, 2d Session, p. 72.

⁵⁴ U.S. Copyright Office. (2016). Section 512 Public Roundtable, Capital Reporting Company, p. 191.

⁵⁵ Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo. (1999). I Informe “sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior (COM (98)0586 – C4-0020/99 (COD)), p. 75.

En efecto, el Reporte 105, sesión 3, da cuenta de que el Congreso (Senate Judiciary Committee y Subcommittee on Courts and Intellectual Property of the House Judiciary Committee), lideró un proceso de negociación en torno a las disposiciones relativas a la determinación del rol de los intermediarios de Internet en la lucha contra la vulneración a los derechos de autor, en cuya virtud se configuró el modelo regulatorio de la DMCA, aun cuando no era una materia proveniente de los Tratados de la OMPI.

En ese entendido, el Congreso norteamericano declaró en el Reporte 105-551, que el equilibrio de intereses en juego era una finalidad pretendida por la regulación de la responsabilidad de los intermediarios de Internet a través de la Sección 512, conjugando los intereses de éstos, en la medida en que tenían certeza del alcance de su responsabilidad y el de los de los autores, alentándolos a poner sus obras a disposición de los consumidores dentro de un entorno digital legítimo que protegiera los derechos sobre sus obras⁵⁶.

En los mismos términos, el Parlamento Europeo en su I Informe de 1999 sobre la propuesta de DCE, subrayaba la necesidad de garantizar el equilibrio de intereses entre los agentes principales, so pena de presentar modificaciones a la respectiva Directiva⁵⁷.

Finalmente, cabe hacer presente que la categorización de los modelos regulatorios no atenderá a una óptica geográfica bajo ningún respecto, por la sencilla razón de que el modelo regulatorio por excelencia (esto es, el de la DMCA) tiene su símil en órdenes europeos tales como el Reino Unido⁵⁸ e Irlanda⁵⁹.

⁵⁶ House of Representatives. (1998). Report 105-551: Digital Millennium Copyright Act. 105TH, 2d Session, Part. 2, p. 27.

⁵⁷ Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo. (1999)., Op. cit. p. 76.

⁵⁸ El Reglamento N° 2013, del 21 de agosto del año 2002, sobre Comercio Electrónico (artículos 17 al 19) adhiere al modelo regulatorio de la DMCA en lo que a la responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet concierne, estableciendo condiciones de puerto seguro en base a las funciones que dichos proveedores desarrollan (mera conducción, caching y hosting).

⁵⁹ STAMATOUDI, Irini. (2010). Copyright enforcement and the Internet. Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, p. 316.

2.4.2 Intermediarios de Internet

En este punto introductorio y neonato de la investigación, puede presentarte ante el lector la interrogante relativa a los sujetos de estudio. Esto porque la literatura especializada ha abordado la temática de la propiedad intelectual en Internet a través del estudio de la figura de los Internet Service Providers o «ISP»⁶⁰. Particularmente, la nomenclatura de los ISP responde a la lógica de principios de la década de los 90' bajo la cual éstos eran meros proveedores de diversos servicios relativos al Internet (transmisión de datos, enrutamiento o suministro de conexiones; almacenamiento temporal de datos o caching; almacenamiento de datos o hosting; y búsqueda vinculación y/o referencia), permaneciendo ajenos a todo rol de control de los contenidos digitales de sus usuarios⁶¹.

La elección de la expresión «intermediarios» utilizada en el presente estudio no es, por tanto, azarosa. Por el contrario, el sujeto objeto de nuestra investigación no es el mero proveedor de servicios de Internet, sino que se trata de un sujeto amplio en el marco de una relación triangular existente entre el usuario consumidor de contenidos digitales, el autor de dichos contenidos y el contenido digital considerado en sí mismo.

Lo anterior guarda armonía con la nomenclatura utilizada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante «OCDE»), bajo la lógica de la posición media entre dos o más partes. En tales términos, la OCDE ha definido a los intermediarios de Internet como «(...) aquellos que reúnen o facilitan las transacciones entre terceros en

⁶⁰ Sólo a modo ejemplar, véase a KOSTYU, Jennifer. (1999). Copyright infringement on Internet: determining the liability of Internet Service Providers. *Catholic University Law Review* (48-4): pp. 1237-1276; MITTAL, Roman. (2004). Online copyright infringement liability of Internet Service Providers. *Journal of the Indian Law Institute* (46-2): pp. 288-321; WATT, Richard y MUELLER-LANGER, Frank. (2019). Indirect copyright infringement liability for an ISP: An application of the theory of the economics of contracts under asymmetric information. *Review of Economic Research on Copyright Issues* (15-2): pp. 57-79; GLATSTEIN, Benjamin. (2004). Tertiary copyright liability. *The University of Chicago Law Review* (71-4): 1605-1635.

⁶¹ MONTALBA HERCOVICH, Matías. (2013). Responsabilidad de los ISP por contenidos ilícitos o infractores de terceros. Centro de Estudios de Derecho Informático. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 2(1): p. 124.

Internet. Dan acceso, alojan, transmiten e indexan contenido, productos y servicios originados por terceros en Internet o proporcionan servicios basados en Internet a terceros»⁶².

En consecuencia, los sujetos incluidos en la expresión «intermediarios de Internet» o «intermediarios de contenidos digitales», utilizadas indistintamente, son los siguientes:

1) Intermediarios de redes y acceso a Internet

a) Los proveedores de redes son aquellos operadores que proveen la infraestructura que permite la transmisión de información desde un punto a otro. Básicamente se trata de la provisión de equipos de telecomunicaciones, incluyendo el servicio de cableado inalámbrico que permite el acceso a Internet (v.gr. VTR, Entel, Movistar, Verizon, Comcast, NTT, Internet Initiative Japan, BT, Free.fr., entre otros).

Estos proveedores son intermediarios de red troncal o de «backbon», en la medida en que operan solo a nivel de transmisión, sin tener relación directa con ninguno de los actores de Internet en los puntos finales de la transmisión⁶³.

b) Los proveedores de acceso a Internet son aquellos que proveen la transmisión de datos, enrutamiento o suministro de conexiones. Ejemplos de este tipo de proveedores son las compañías telefónicas o de televisión por cable que prestan el servicio de acceso a Internet (Claro, Wom, Vodafone, Orange, T-mobile, entre otros)⁶⁴.

⁶² Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2010). The economic and social role of Internet intermediaries [en línea] Disponible en <<https://www.oecd.org/internet/ieconomy/44949023.pdf>> [consulta: 27 abril 2018].

⁶³ MANN, Ronald y SETH, Belzley. (2005). The promise of Internet intermediary liability. William and Mary Law Review (47-1): p. 255.

⁶⁴ En nuestro país, su estatuto regulatorio se rige por lo previsto en la Resolución Exenta N° 1.483-1999 de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, que fija el procedimiento para establecer y aceptar conexiones entre ISP y por lo dispuesto en la Resolución Exenta N° 698-2011 que fija los indicadores de calidad de los enlaces de conexiones en el tráfico nacional.

Estos intermediarios, simplemente, proveen el servicio de conexión al ordenador del usuario, a través de cables, routers, switches o señales inalámbricas, facilitando la transmisión desde un punto a otro. Por su parte, la Ley N° 18.168 General de Telecomunicaciones, establece que los proveedores de acceso a Internet serán aquellas personas jurídicas que presten servicios comerciales de conectividad entre usuarios finales o redes de terceros

La discusión jurídica comparada ha caracterizado a estos prestadores de servicio de acceso a Internet, como «prestadores de destino» (en relación con los proveedores de red troncal), entidades que finalmente facturan al usuario el servicio de Internet, entendido en este punto, como la capacidad para conectarse a la World Wide Web⁶⁵.

Este servicio es el que permite a los usuarios finales conectarse a Internet a través del encaminamiento de sus comunicaciones en línea. Dicho encaminamiento puede realizarse a través de rutas estáticas IP o dinámicas para los usuarios que utilizan dos o más operadores para conectarse a Internet, realizado a través del protocolo BGP4 (Border Gateway Protocol)⁶⁶.

2) Intermediarios de procesamiento de datos y de alojamiento

a) Los proveedores de servicio de caching o memoria tampón son aquellos intermediarios que posibilitan el almacenamiento temporal, automático y transitorio de datos. El servicio se traduce en la realización de copias temporales de sitios web, a fin de hacer más expedito el acceso a la información y de conservar el contenido solicitado por el usuario a través de dicha copia temporal, transmitiendo la copia conservada, en vez de recuperar el contenido directamente de la red⁶⁷.

e Internet (artículo 24 H, que, entre otras cosas, consagra el principio de neutralidad de la red). Dicho principio importa que el tráfico de Internet debe ser tratado con igualdad, sin discriminación, restricción o interferencia y sin valoración de ninguna especie respecto de su remitente, destinatario, tipo o contenido. Véase en ZINK, Manfred. (2013). Op. cit., pp. 155-186.

⁶⁵ MANN, Ronald y SETH, Belzley. (2005). Op. cit., p. 256.

⁶⁶ VEÁ VARÓ, Andreu. (2002). Op. cit., p. 278.

⁶⁷ RÍOS RUIZ, Wilson. (2012). Eventos y eximentes de responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet ante las infracciones de propiedad intelectual realizadas por sus suscriptores. Propiedad intelectual: Reflexiones. Bogotá, Ediciones Universidad del Rosario, p. 258.

Un estudio interesante sobre la eventual participación de los proveedores de caché en la provisión de algunos contenidos en Internet, consúltese en TUNCER, Daphne et al. (2014). More control over network resources: an ISP caching perspective. Conference Paper of University College London, Department of Electronic and Electrical Engineering, 9 p.

b) Los proveedores de servicio de hospedaje (Host/Hosting) o de alojamiento, permiten que el usuario almacene información, guardándola en los servidores de aquellos (v.gr. hosting.cl, amazon.com). A través de este intermediario es posible ocupar un espacio en un sitio web conectado a una red troncal, permitiendo, a su vez, el almacenamiento, administración y uso de los datos albergados, gestión de nombres de dominio, de la URL⁶⁸, entre otras cosas.

3) Proveedores de búsqueda de información

Son aquellos intermediarios que prestan servicios de búsqueda, vinculación y/o referencia a un sitio web mediante herramientas de búsqueda de información, incluidos los hipervínculos y directorios⁶⁹ (v.gr. Google, Yahoo, Bing), también denominados «motores de búsqueda»⁷⁰.

Estos intermediarios permiten localizar contenidos en la red, por tanto, facilitan el acceso a los contenidos de terceros mediante la entrega de enlaces⁷¹.

⁶⁸ La URL puede ser entendida como la ruta que sirve para ubicar con precisión a un servidor.

⁶⁹ En la actualidad se han desarrollado motores de búsqueda en lo que se denomina Deep Web, como Shodan, creado por Jhon Matherly. La Deep Web es una parte de las plataformas virtuales indetectables en donde los usuarios pueden ocultar su identidad. Cfr. BAUTISTA LUZARDO, Dulce María. (2015). Deep Web: aproximaciones a la ciber irresponsabilidad. Revista Latinoamericana de Bioética (1-28): 26-37.

⁷⁰ Sobre la evolución de estos ISP, véase en SEYMOUR, Tom et al. (2011). History of Search Engines. International Journal of Management & information Systems (15-4): 47-58.

⁷¹ Los tribunales nacionales han aplicado la norma de la Ley de Propiedad Intelectual, N° 17.336 (en adelante "LPI") que establece que los ISP no están obligados a supervisar los datos que transmitan, almacenen o referencien, como tampoco a realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, aun cuando dicha norma (artículo 85 P) utilice expresamente los vocablos para efectos de esta ley.

En dichos términos, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en causa rol N° 1638-2016, por vulneración de la Ley N° 19.628 sobre Protección a la Vida Privada, incoada por un abogado en contra de Google Inc. como enlazador de un sitio web que contenía información de los procesos judiciales en que se había visto involucrado el demandante, consideró que aun cuando se trataba de una materia diversa, era posible aplicar principios similares, sentenciando que los motores de búsqueda de información de Internet no tienen la obligación de supervisar los datos que transmiten, almacenan o referencian, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 85 P de la LPI. Véase en Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia rol N° 1638-2016, de 23 de mayo de 2016, considerando sexto.

En idéntico sentido se pronunció la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 2017, en causa de protección deducida por una persona que había sido condenada por el delito de homicidio y respecto de la cual

4) Proveedores de servicios en línea

Esta es una categoría genérica que involucra la puesta en línea de diversos contenidos por parte de los usuarios y comprende las siguientes categorías.

a) Los intermediarios de comercio electrónico son aquellos intermediarios que posibilitan el comercio electrónico para terceros. En otros términos, posibilitan la compra y venta en línea (v.gr. Amazon, eBay, Alibaba, preciline.com, entre otros)⁷².

Dentro de la presente tipología de intermediación, es dable agrupar a una especie particular de servicio en línea, cual es aquel ofrecido por compañías de descuento en servicios y/o productos de terceros (v.gr. Peixe⁷³, Cuponatic, etc.)⁷⁴.

b) Los intermediarios de pago permiten la transferencia de fondos en el marco de una transacción por Internet, ya sea que se trate de una compra de un producto o servicio ofertado a través de los intermediarios de comercio electrónico; pago de deudas de los usuarios a través de Internet (v.gr. Servipag, Unired, Sencillo, entre otros); ya sea por la visita a sitios que perciben una tarifa por acceso, en algunos casos por un acceso sin restricciones (v.gr. Spotify, Youtube Premium, Netflix, entre muchos otros), generalmente,

aparecía dicha información en algunos sitios de noticias en línea (www.24horas.cl y www.emol.com). En la especie, la Corte aplicó el artículo 85 P de la LPI, señalando que los motores de búsqueda no tienen la obligación general de monitorear los contenidos que se suben a la red y que son proveídos por los responsables de cada una de las páginas web, señalando además que Google Inc. es en principio irresponsable de los contenidos que no ha creado. Véase en Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia rol N° 14966-2017, de 18 de abril de 2017, considerando segundo.

El ejercicio jurisprudencial se repite a propósito de otras materias, consúltese en causa de protección por contenido ofensivo, en Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia rol N° 88672-2015, de 30 de noviembre de 2015, considerando cuarto.

⁷² Sobre las funciones desempeñadas por este tipo de intermediarios de Internet en el marco del comercio electrónico, véase en MYO, Khin Daw. (2018). Study the role of intermediaries in electronic Marketplace. *International Journal of Advance Research and Development* (3-7): 156-158.

⁷³ Antiguamente denominado Groupon.

⁷⁴ En nuestro medio se ha discutido su correspondencia especial en las categorías de intermediación de la normativa protectora de los derechos del consumidor, es decir, de la Ley N° 19.496. Al respecto véase en CÓRDOVA YUKICH, Diego. (2016). Régimen de responsabilidad de compañías de descuento por Internet. ¿Proveedores Intermediarios?. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (23-2): 23-67.

a través de tarjetas de créditos de los usuarios (v.gr. Webpay, Paypal, Khipu, Transbank, etc.).

c) Las plataformas de redes colaborativas, por su parte, incluyen la publicación y difusión de contenido por Internet, sin que intervengan en el proceso creativo del contenido que se publica o difunde (v.gr. Facebook, LinkedIn, Youtube, Ohmynews).

Dentro de esta categoría se incluyen otros tantos prestadores de servicios en Internet, tales como servicios de correo electrónico (Gmail, Outlook, etc.), plataformas de publicación de blogs o noticias (Emol, 24horas.cl, BBC, etc.), redes sociales, foros de discusión, etc.⁷⁵.

En suma, tal y como se evidenciará a lo largo de nuestra investigación, la calidad de intermediación surge, connaturalmente, a partir de la posición de mediación de estas entidades proveedoras de diversos servicios de Internet en las interacciones entre el autor y el contenido digital que aloja en sus redes; entre el contenido digital y los consumidores del mismo y, finalmente, entre el usuario o consumidor y el titular de los derechos de autor⁷⁶.

La anterior es, indudablemente, una relación compleja en cuya virtud el aspecto bi-relacional existente entre el usuario y el contenido se redirige al intermediario de Internet que actúa como plataforma⁷⁷ a través de la cual el usuario puede acceder al contenido digital, v.gr. Youtube, Apple Music, Spotify, entre otros. En este sentido, los prestadores de servicios

⁷⁵ LARA, Juan Carlos y VERA, Francisco. (2005). Responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet. ONG Derechos Digitales, Policy Paper (2): p. 4.

⁷⁶ Cabe prevenir al lector sobre la eventual confusión que puede generarse a partir de la expresión de “desintermediación” acuñada por algunos autores de Derecho comparado, en aras de explicitar el fenómeno de la edición digital. Ciertamente, dicha construcción argumental está dirigida a evidenciar la disociación de relaciones tradicionales entre el autor de contenidos y el editor de los mismos en la era de Internet, más no dice relación con el rol de los intermediarios de contenidos digitales en Internet. Para una mejor comprensión, véase en CORDÓN-GARCÍA, José-Antonio y ALONSO-ARÉVALO, Julio. (2011). Mediación y desintermediación en los entornos digitales: nuevos actores y nuevas funciones en la cadena del libro electrónico. Anuario ThinkEPI (5): 121-127.

⁷⁷ “El apelativo de plataforma comúnmente se refiere a una idealizada forma colaborativa e inclusiva de distribución, intermediación o puesta en valor de productos, contenidos o servicios de todo tipo”. VALDERRAMA, Matías y VELASCO, Patricio. (2018). ¿Programando la creación? Una exploración al campo socio-técnico de Youtube en Chile. Cuadernos Info (42): p. 40.

en línea, actúan como intermediarios de información digital (contenidos o servicios), para las más diversas utilidades, permitiendo el acceso a los usuarios que desean hacerse de ella⁷⁸.

Luego, existe una relación más en donde existe intermediación, esto es, la del titular del derecho de autor para con el usuario que consume el contenido digital de que es propietario el primero, relación que se enmarca dentro de la intermediación de contenidos digitales, superando las tipologías típicas de intermediación en cuanto provisión de servicios de acceso, cache, hospedaje o búsqueda de contenidos⁷⁹, por lo que no parece válido sostener la nomenclatura de ISP para referirse a todos y cada uno de los aspectos relacionales de intervención de los intermediarios de Internet en el marco de los contenidos en línea, por lo que la presente investigación adoptará la terminología de «intermediario de contenidos digitales», «intermediario de Internet» indistintamente o simplemente «intermediario» superando la referencia reduccionista de ISP.

2.4.3 Rol de los intermediarios

Continuando con los alcances conceptuales del presente marco teórico, según ya se adelantara, los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales determinan el rol de los intermediarios en la protección de los derechos de autor en línea, ergo, el rol de dichos intermediarios se identifica con el propio modelo regulatorio (Modelo Regulatorio o «MR» = rol de los intermediarios de contenidos digitales en el marco de la protección de los derechos de autor en línea).

⁷⁸ La primera dificultad que evidencia la descripción anterior es aquella relativa al control o injerencia del intermediario en el contenido alojado en sus dominios. Precisamente esta puntualización conecta de forma directa con la abierta discusión de la responsabilidad atribuible a los intermediarios de Internet por las infracciones a derechos de terceros cometidas por sus usuarios.

⁷⁹ Utilizamos la expresión “típicas” con la finalidad de hacer hincapié en que esta es la tipología sujeta a la funcionalidad diferenciada de los proveedores de servicios a las que hacen referencia los modelos regulatorios vigentes, véase en Sección 512 (a), (b), (c) y (d) de la DMCA y artículos 12, 13 y 14 de la DCE.

La problemática de dicha determinación es que fue realizada hace dos décadas⁸⁰, en base a los antecedentes de la realidad digital entonces presentes, lo que en gran medida representa el foco de nuestra investigación.

Con todo, los modelos regulatorios de la DMCA y de la DCE podían haber determinado el rol de los intermediarios de contenidos en la lucha contra la infracción a la propiedad intelectual en el ciberespacio, de dos grandes maneras: i) considerando pertinente el control y sanción de contenidos por parte de los intermediarios de Internet como sujetos capaces de ejercer control, estableciendo mecanismos autorregulatorios de filtrado y de convenciones con los titulares de derechos de autor, siendo responsables de las vulneraciones a la propiedad intelectual de los contenidos digitales respecto de los cuales son intermediarios, ii) considerando no pertinente el control y sanción de los contenidos digitales por parte de los intermediarios (sea porque no son capaces de ejercer dicho control o porque su ejercicio implica la infracción a otros derechos o bienes jurídicos involucrados), estableciendo mecanismos legales de exención de responsabilidad por la vulneración de la propiedad intelectual cometida por sus usuarios⁸¹.

En ambos casos los modelos regulatorios vigentes optaron por la alternativa ii) al establecer condiciones de puerto seguro o «safe harbor»⁸², en cuya virtud los intermediarios de Internet no son responsables por las infracciones a la propiedad intelectual cometidas por terceros, a condición de que cumplan con los requisitos previstos en la normativa propia de los modelos regulatorios.

⁸⁰ Salva la actualización a través de ciertos matices introducidos por la DMUD en el modelo europeo.

⁸¹ «In short, by limiting the liability of service providers, the DMCA ensures that the efficiency of the Internet will continue to improve and that the variety and quality of services on the Internet will continue to expand». Senate. (1998). Report 105-190: Digital Millennium Copyright Act. 105TH, 2d Session, p. 9.

⁸² La expresión «safe harbor» fue acuñada por primera vez por un autor americano que metafóricamente quiso significar que los intermediarios de Internet navegan en un mar tormentoso en cuya virtud se exponen a fuerzas externas de donde aparece la necesidad de proporcionarles un puerto seguro. Véase en RIORDAN, Jaani. (2016). The liability of Internet intermediaries. Oxford, Oxford University Press, p. 378.

Tanto la DMCA como la DCE vinieron a dar solución legislativa a la batalla jurisprudencial a la que estaban siendo sometidos los intermediarios de Internet, en razón de su poder económico y de la mayor facilidad de localización, respecto del usuario infractor.

En efecto, el Reporte N° 105-551 de la House of Representatives, de 1998, contiene declaraciones expresas en orden a hacer presente el curso causal entre la divergencia jurisprudencial norteamericana en cuanto a la responsabilidad de los intermediarios de Internet y la desaceleración del crecimiento de Internet fundado en el temor de las industrias digitales de que en ejercicio de sus actividades fueran sujetos recurrentes de demandas por infracción a la propiedad intelectual⁸³.

El escenario europeo no distaba mucho del estadounidense. Así, el considerando 40 de la DCE expresó el riesgo de no dar la debida atención legislativa a la divergencia jurisprudencial existente en el ámbito de la responsabilidad de los intermediarios, en afectación directa sobre el correcto funcionamiento del mercado interior, al obstaculizar el desarrollo de servicios transfronterizos y al producir distorsiones en la competencia.

2.4.4 Intermediación combinada

La presente expresión tiene por objeto aludir al fenómeno de la centralización de funciones de intermediación en Internet, es decir, a la concentración de dos o más funciones de intermediación (v.gr. alojamiento de datos y provisión de contenidos, como en el caso de Netflix o de búsqueda de información e intermediación de comercio electrónico como en el caso de Google y las advertising words).

⁸³ House of Representatives. (1998). Report 105-551: Digital Millennium Copyright Act. 105TH, 2d Sesión, Part. 1, p. 11.

2.4.5 Intermediación pura

En sentido contrario al anterior, la intermediación pura o única, alude a la funcionalidad de intermediación tenida en consideración por los modelos regulatorios vigentes (solo basta revisar su construcción normativa que clasifica a los intermediarios de acuerdo al servicio que éstos prestan, es decir, acceso, almacenamiento temporal, alojamiento y búsqueda o referenciación), en cuya virtud un mismo intermediario realiza siempre una sola función de intermediación (v.gr. un proveedor del servicio de acceso a Internet que no sea proveedor de red, como Claro Chile S.A.).

El siguiente capítulo abordará el análisis de las estructuras normativas, de reglas y procedimientos de los modelos regulatorios de la DMCA y la DCE en cuanto al rol definido para los intermediarios.

CAPÍTULO SEGUNDO

MODELOS REGULATORIOS DE INTERMEDIACIÓN DE CONTENIDOS DIGITALES VIGENTES

1. Ideas preliminares

Según precisamos en el capítulo introductorio al presente estudio, los modelos regulatorios que se identifican para objeto de nuestra investigación son a) el modelo de la DMCA y b) el modelo de la DCE, recientemente matizado con la aprobación de la Directiva 790.

La contribución de nuestra investigación hará avanzar la discusión sobre el rol que debe atribuirse a los intermediarios de Internet en la protección de los derechos de autor en el ámbito digital –en el estado actual de la cuestión– hacia la concepción de un régimen de circulación de contenidos infractores de la propiedad intelectual que atienda al alcance de la intermediación de dichos contenidos.

Lo anterior propone superar la determinación de la responsabilidad de los intermediarios de Internet en base criterios funcionales aislados (dependiendo de si el intermediario presta servicios de acceso, caching, alojamiento, enlace o búsqueda de contenidos) en cuya virtud la carga de colaboración del intermediario para con el retiro o bloqueo del contenido infractor se sujeta al cumplimiento de una serie de condiciones derivadas de los citados criterios funcionales.

Precisamente el alcance de la intermediación de la prestación de servicios de Internet, pone acento en los fenómenos que justifican la relectura de los modelos regulatorios de propiedad intelectual en plataformas digitales, de entre los cuales cabe destacar el de las transformaciones tecnológicas, modelos de negocios y prácticas vigentes en el escenario

digital en el cual se introducen los estándares de protección de la propiedad intelectual (transformación de realidad digital).

La intermediación de contenidos digitales protegidos por derechos de autor es abordada por los modelos regulatorios que definen el rol o interacción de los intermediarios de Internet en la protección de la propiedad intelectual, a través de dos incentivos dispuestos en beneficio de los intermediarios para promover la cooperación en la contención de las infracciones a los derechos de autor en línea⁸⁴: a) condiciones de puerto seguro o safe harbor y, b) no obligación de monitorear o supervisar los contenidos generados por terceros.

2. Modelo de la DMCA en Estados Unidos

2.1 Pre-DMCA

En la década de los 90' el rápido crecimiento de la industria del Internet abrió paso a una serie de complejidades para las partes involucradas en el sistema de derecho de autor⁸⁵, en reconocimiento de que Internet planteaba riesgos sin precedentes en el orden de la protección de la propiedad intelectual, proyectando ambiguos escenarios en la litigación que posicionaba a los intermediarios de Internet como sujetos pasivos de demandas de los titulares de derechos de autor por las infracciones cometidas por sus usuarios.

⁸⁴ Sobre la instauración de incentivos para los intermediarios de Internet a partir del modelo de la DMCA, véase en House of Representatives. (1998). Report 105-796. Op. cit., p. 72. En el marco de la DCE, véase en Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo. (1999)., Op. cit. p. 75.

⁸⁵ A fines de la década de los 90', en la realidad digital norteamericana, se generó una competencia regulatoria entre los titulares de propiedad intelectual ante la flagrante infracción a sus derechos por parte de los usuarios de redes peer to peer y la emergente industria de Internet, quienes detentaban ventajas comparativas entre sí, por una parte, el grupo de las empresas de Internet detentaba los códigos de funcionamiento de la red y, por la otra, los autores o titulares de derechos de autor impulsaban litigios en contra de los primeros, ambos insertos en un ambiente de confusión normativa. Véase en WU, Tim. (2003). When code isn't law. Virginia Law Review (89-4): p. 726.

La web posiciona a la propiedad intelectual dentro de un estatus dinámico, sin fronteras y, muchas veces, sin ubicación y/o restricción geoespacial y de libre circulación de la información, ergo, su infracción se encuentra sujeta a los mismos peligros.

La protección de la propiedad intelectual en la moderna era digital se ve enfrentada a cuestiones tales como el intercambio de archivos eventualmente protegidos, a través de las redes *peer to peer*; a las páginas web que permiten la descarga directa de obras intelectuales no licenciadas o que proporcionan enlaces de descarga; así como a la reproducción instantánea de obras protegidas a través de la distribución de un archivo multimedia mediante una red de ordenadores o streaming, por mencionar algunas de las formas de violación digital de los derechos de autor⁸⁶.

Antes de Internet, la vulneración de los derechos de autor tenía raigambre material o física. Así, las personas cometían infracciones a la propiedad intelectual dentro de órdenes limitados (v.gr. grabar canciones de la radio), a la luz de una tecnología de escala reducida, así como a baja calidad de reproducción y cantidad de distribución⁸⁷.

Sin embargo, los titulares de derechos de autor expresaban su preocupación por la facilidad dispuesta por Internet para que los usuarios accedieran a la distribución de obras

⁸⁶ En el ámbito europeo, idénticas consideraciones han sido recogidas por el Decreto Real del Ministerio de la Presidencia N° 1889/2011, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual en España (Su entrada en rigor data del 20 de diciembre de 2011).

En tal sentido, el precitado instrumento hace presente, por una parte, la influencia de la revolución digital para crear y difundir los contenidos culturales, pero también hace presente, por la otra, el apareamiento de nuevas modalidades de defraudación de los derechos de propiedad intelectual a través de los propios servicios de la sociedad de la información.

⁸⁷ Ya en el año 1997, la House of Representatives alertaba sobre la laguna existente en la regulación de los derechos de autor entonces vigente, al no establecer sanciones a la infracción a la propiedad intelectual en Internet que no se devengaba con fines comerciales, sino que solo respecto de aquella impetrada con ánimo de lucro, instando a la introducción de la legislación que llenara el vacío, sin descansar dicha responsabilidad en la judicatura. Véase en House of Representatives. (1997). No Electronic Theft: Statement of Marybeth Peters. The Register of Copyright before the Subcommittee on Courts and Intellectual Property, Committee on the Judiciary, *passim*.

digitales no autorizadas a otros usuarios, a una velocidad y en calidad⁸⁸ sin precedentes, creando nuevas instancias y espacios de infracción no disponibles antes de la era digital⁸⁹.

Por su parte, los intermediarios de Internet alertaban sobre las dificultades que tenían para abordar el creciente fenómeno de la infracción digital a los derechos de autor.

Similar tensión se presentó en el ámbito norteamericano, unos años antes de la instauración del modelo de la DMCA, no a propósito de los derechos de autor, sino que respecto de cierto contenido en línea considerando «indecent» o «indecente».

Bajo el gobierno del ex presidente Clinton, entró en vigencia la «Ley de Decencia de las Comunicaciones» o «Communications Decency Act» (en adelante «CDA») y en febrero de 1996 agregó la Sección 230 a la Ley de Comunicaciones de 1934.

Uno de los propósitos de la CDA era proteger la libertad de expresión en Internet y derribar el precedente sentado en *Stratton-Oakmont vs. Prodigy*⁹⁰, en donde se consideró a los intermediarios de Internet como editores de contenido⁹¹.

A la luz de la CDA, los intermediarios de contenidos digitales y plataformas de servicios informáticos interactivos, tales como Facebook, Twitter y Google, no tienen el deber de revisar ex ante los contenidos digitales que los usuarios cargan a través de sus redes⁹².

⁸⁸ Los grandes enemigos de la tutela de los derechos de autor en Internet, ya se advertía en el debate jurídico inglés a mediados de la década de los 90', son la velocidad con que puede distribuirse el material infractor, pero también la calidad de copias de las obras. Véase en NEGROPONTE, Nicholas. (1995). *Being Digital*. Gran Bretaña, Hodder and Stoughton, p. 58.

⁸⁹ Op. cit. p. 60.

⁹⁰ *Stratton-Oakmont vs. Prodigy* WL 323710 (N.Y. Sup. Ct. 1995).

⁹¹ «The conference agreement adopts the House provision with minor modifications as a new section 230 of the Communications Act. This section provides “Good Samaritan” protections from civil liability for providers or users of an interactive computer service for actions to restrict or to enable restriction of access to objectionable online material. One of the specific purposes of this section is to overrule *Stratton-Oakmont v. Prodigy* and any other similar decisions which have treated such providers and users as publishers or speakers of content that is not their own because they have restricted access to objectionable material». Senate. (1996). Report 104-230: Telecommunications Act of 1996. 104TH, 2d Session, p. 194.

⁹² RUANE, Kathleen Ann. (2018). How broad a shield? A brief overview of Section 230 of the Communications Decency Act. Congressional Research Service (7-5700), p. 1.

En efecto, la CDA vino a brindar cierta inmunidad a los intermediarios de Internet que hubieren adoptado medidas para restringir el acceso o la disponibilidad al material que el proveedor considera de contenido obsceno⁹³. En sentido estricto, los tribunales norteamericanos interpretan la Sección 230 como una amplia fuente de inmunidad para los intermediarios que prestan servicios informáticos interactivos por el contenido que publican y que es creado por terceros⁹⁴.

Bajo dicha comprensión, la inmunidad de los intermediarios prestadores de servicios informáticos por los contenidos indecentes de sus usuarios, se somete al cotejo de una regla de tres pasos⁹⁵:

- a) Se trata de un proveedor de servicios informáticos interactivos.
- b). El contenido fue proporcionado por un tercero.
- c) El reclamo significa darle al intermediario tratamiento de editor o proveedor de contenido.

Ahora bien, fuera del marco de la decencia de las comunicaciones digitales, y a partir de la divergencia jurisprudencial de los tribunales norteamericanos en torno a la imposición de deberes de prevención y de retiro o bloqueo de contenidos infractores a los derechos de autor, a los intermediarios de Internet, en casos como *Playby Enterprises Inc. v. Frena*⁹⁶; *Sega Enterprises v. Mahphia*⁹⁷; y *Religious Technology Center v. Netcom On-Line communications Services Inc.*⁹⁸; los grandes grupos de la industria de telecomunicaciones e

⁹³ En *Zeran vs. America Online*, el tribunal declaró que el intermediario (AOL) estaba exento de responsabilidad en base a la sección 230 de la DCA, sometiéndolo al estándar de conocimiento, de donde aparecía que éste no era «publicador u orador» de información de terceros. *Zeran v. America Online, Inc.*, 907 F. 3d 327 (4th Cir. 1997).

⁹⁴ RUANE, Kathleen Ann. (2018)., Op. cit. p. 2.

⁹⁵ JEWELER, Matthew. (2008). The Communications Decency Act of 1996: Why § 230 is Outdated and Publisher Liability for Defamation Should be Reinstated Against Internet Service Providers. *Pittsburgh Journal of Technology Law & Policy* (8-1): p. 3.

⁹⁶ *Playboy Enterprises Inc. v. Frena*, 839 F.Supp 1552 (M.D. Fla. 1993).

⁹⁷ *Sega Enterprises Ltd. v. MAPHIA*, 857 F.Supp 679 (N.D. Cal. 1994).

⁹⁸ *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc.*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995).

Internet se encaminaron hacia el ejercicio de un proceso de presión sobre el Congreso de los Estados Unidos a fin de que se limitara legalmente la responsabilidad surgida a propósito de la infracción de derechos de autor en el entorno digital⁹⁹.

En tal sentido, la industria de Internet abogaba por un régimen limitativo de sus deberes en la prestación de servicios de Internet ante la infracción de la propiedad intelectual de sus usuarios, esto porque en el periodo pre-DMCA las limitaciones a su responsabilidad no se encontraban definidas en forma clara, siendo sujetos pasivos recurrentes de demandas por infracción al copyright, supuesta su fácil identificación y localización, así como su poder económico para hacer frente a eventuales indemnizaciones de daños¹⁰⁰.

En dicho contexto, y bajo el apremio de implementar los denominados Tratados de Internet de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (en adelante «OMPI» o «WIPO» por sus siglas en inglés), el Congreso estadounidense aprovechó el espacio legislativo para fijar con certeza el rol de los intermediarios de Internet en la salvaguarda de los derechos de autor en línea, protegiéndolos ante eventuales demandas que perseguían el resarcimiento de los autores o titulares, por los daños provocados a su propiedad intelectual por los usuarios, a través de disposiciones de safe harbor.

Cabe hacer presente que los Tratados de Internet no contenían reglas sobre la responsabilidad de los intermediarios de Internet en la contención de las infracciones a la propiedad intelectual cometidas por sus usuarios. Ambos Tratados, sobre Derecho de Autor («WCT») y sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas («WPPT»), establecían disposiciones de actualización al régimen internacional de derechos de autor y conexos a la luz de la era digital, pero ninguno incluía especificación alguna sobre los intermediarios de Internet y su rol en la protección al copyright¹⁰¹. Esto porque, aunque en la Conferencia

⁹⁹ Tal invitación es común en la literatura norteamericana. Véase en YEN, Alfred. (2000). Internet Service Provider liability for subscriber copyright infringement, enterprise liability, and the first amendment. *The Georgetown Journal* (88): p. 54.

¹⁰⁰ DANGNGAM, Taragade. (2009). To what extent should an ISP be held liable for third-party copyright infringement?. Tilburg, Master Thesis, Faculty of Law, Tilburg University, p. 17.

¹⁰¹ Senate. (1996). Teatry Doc 105-17: Wipo Copyright Teatry (WCT) (1996) and Wipo Performances and Phonograms Teatry (WPPT) (1996). 105TH, 1d Session.

Diplomática para los Tratados de Internet de la OMPI, la cuestión de la responsabilidad de los intermediarios de Internet se evidenció como un tópico no resuelto, a través de una declaración en torno al artículo 8^o¹⁰², lo cierto es que se consideró un tema no maduro para efectos de incluirlo en la normativa de un Tratado¹⁰³.

Por tanto, el régimen de «no responsabilidad/condicionada» dispuesta en favor de los intermediarios de Internet fue introducida por la Sección 512 de la DMCA, en cuya virtud éstos se encuentran a salvo de la imposición de responsabilidad por las infracciones cometidas por sus usuarios en torno a los derechos de autor de terceros, en la medida en que cumplan con las condiciones generales y particulares establecidas según una tipología funcional.

Bajo dicho modelo regulatorio y, en términos generales, los intermediarios de Internet deben adoptar e implementar mecanismos de información dirigidos hacia sus suscriptores y titulares de cuentas, así como mecanismos que prevean una política ante la reincidencia de infracciones a los derechos de autor. Luego, los intermediarios deben adaptarse y no interferir con las medidas técnicas utilizadas por los titulares de derechos de autor para identificar o proteger sus obras¹⁰⁴.

2.2 Safe harbor

La metáfora del «safe harbor» hace alusión a un barco maltrecho que busca refugio en tormentosos mares. El precitado aforismo marítimo resulta extrapolado a las iniciativas

¹⁰² La precitada declaración expresaba: «Se entiende que la mera provisión de instalaciones físicas para habilitar o realizar una comunicación, no constituye en sí misma, una comunicación en el sentido del presente Tratado o de la Convención de Berna». ANCONA, Arturo. (2003). Intellectual property and e-commerce Wipo-Wasme special program on practical IP issues. Copyright E-commerce, Technology and management Division, Geneva, October 6 to 9, 2003, pp. 9-10.

¹⁰³ FICSOR, Mihály. (2002). The law of copyright and the Internet: The 1996 Wipo Treaties, their interpretation and implementation. Oxfordshire, Oxford University Press, p. 509.

¹⁰⁴ SENG, Daniel. (2010). Comparative analysis of the national approaches to the liability of Internet intermediaries. Ginebra, World Intellectual Property Organization, p. 55.

legales que persiguen la reducción de la incertidumbre jurídica producida en las zonas grises del Derecho o que implican fuente de conflictos en la adjudicación, a raíz de estándares ambiguos o casos difíciles¹⁰⁵.

En concordancia con la discusión jurídica inglesa, existen tres derivaciones evidentes que es posible desprender de la metáfora del «safe harbor»¹⁰⁶:

- a) Los intermediarios de Internet aparecen como actores vulnerables y afectos a fuentes externas, tales como los sistemas de responsabilidad.
- b) Existe una necesidad de resguardo de los intermediarios ante dichas fuentes externas.
- c) La inmunidad ante las reglas de responsabilidad ofrece la protección adecuada para el desempeño de sus funciones de intermediación, disminuyendo el riesgo del viaje.

En términos estrictos, y en el marco del periodo pre-regulatorio del rol de los intermediarios ante los daños producidos por las infracciones a la propiedad intelectual de sus usuarios, estos intermediarios se veían enfrentados a una potencial tormenta de responsabilidad¹⁰⁷.

En este punto, la floreciente industria de Internet se veía expuesta a una decisión de explotación del negocio de Internet, arriesgándose a la referida tormenta, lo que generaba un desincentivo a la navegación o explotación de sus modelos de negocios.

Ahora bien, creemos que existen otros aspectos derivados de la metáfora del «safe harbor» que, aun cuando evidentes, no han sido expresados por la discusión jurídica en estos términos:

¹⁰⁵ En el mismo sentido, véase a SWIRE, Peter. (1993). Safe harbours and proposal to improve the Community Reinvestment Act. *Virginia Law Review* (79-1): pp. 349-372.

¹⁰⁶ RIORDAN, Jaani. (2016)., Op. cit. p. 378.

¹⁰⁷ WEATHERALL, Kimberlee. (2018). Internet intermediaries and copyright – A 2018 Update. A policy paper produced for the Australian Digital Alliance. Copyright Amendment (Service Providers) Bill 2017, Submission 37, p. 5.

- a) Internet es el mar ante el cual navegan los intermediarios.
- b) La navegación de los intermediarios está sujeta a diversos riesgos.
- c) La responsabilidad de los intermediarios cabe dentro de la generación de riesgo devengado a partir de sus propias actividades.
- d) A contrario sensu, el riesgo generado por la actividad de terceros, se inserta dentro del plano de la inmunidad o puerto seguro.
- e) El puerto seguro representa el incentivo para los intermediarios en el desarrollo de su modelo de negocio.

Lo esencial de esta última consideración, consiste en el reconocimiento expreso del fin de equilibrio de intereses recogido por el proceso legislativo de configuración normativa de la DMCA, en la medida en que el legislador se enfrentaba a la necesidad de conciliar la necesidad de protección de los derechos de propiedad intelectual ante las amenazas surgentes y propias de la naciente y veloz era digital con los intereses de los intermediarios de Internet que, también, se encontraban amenazados por la tormenta de la responsabilidad indirecta¹⁰⁸.

Bajo la comprensión de la metáfora del safe harbor, el puerto seguro está constituido por el conjunto de condiciones que las respuestas normativas comparadas norteamericana y europea (DMCA y DCE) establecieron para resguardo de responsabilidad de los intermediarios de Internet, por tanto, el safe harbor indica un lugar en donde dichos intermediarios (barcos de navegación por el mar de Internet) se encuentran seguros de la tormenta de responsabilidad.

Con todo, debemos destacar que no existe una relación directa entre la responsabilidad del intermediario y el encontrarse fuera del puerto seguro (v.gr. explotar su modelo de negocio fuera de las condiciones de safe harbor). En otros términos, no existe una

¹⁰⁸ BT. ISMAIL, Suzi et al. (2018). Transplanting the United States' style of safe harbor provisions on Internet service providers via multilateral agreements: can one size fit all?. *Illum Law Journal* (26-2): p. 375.

responsabilidad automática para el intermediario que no cumpla con las condiciones de puerto seguro, en cambio, si cumple con éstas el modelo garantiza inmunidad¹⁰⁹.

Uno de los elementos centrales de la regulación introducida por la DMCA es el sistema de «safe harbor» o de «puerto seguro» que contempla un conjunto de disposiciones que conceden inmunidad a los intermediarios de Internet frente a la responsabilidad por infracción a los derechos de autor cometida por sus usuarios, a condición de que adopten una posición de colaboración a través de específicas medidas de protección de los derechos de autor de los titulares.

En el establecimiento de las condiciones de «safe harbor», la DMCA puso especial énfasis en la definición de un régimen de no responsabilidad/condicionada en consideración de la tecnología particular que existía al tiempo de su diseño¹¹⁰.

Desde una perspectiva particular, la DMCA establece las condiciones de exención de responsabilidad de los intermediarios, según se describe a continuación.

El puerto seguro o «safe harbor» comprende las condiciones de elegibilidad de los intermediarios, dispuesta en la subsección (i) de la Sección 512 de la DMCA, sujetando a aquellos al beneficio de la limitación de responsabilidad por las infracciones a la propiedad intelectual cometidas por terceros, en el marco de una hipótesis genérica que contempla dos requerimientos:

- a) Adoptar e implementar una política de terminación de cuentas de los usuarios reincidentes de infracciones a la propiedad intelectual.
- b) Adaptarse y no interferir con las medidas tecnológicas estándares.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ SCOTT, Mike. (2005). Safe harbor under the Digital Millennium Copyright Act. *Legislation and Public Policy* (9-99): p. 100.

Luego, el modelo regulatorio de intermediación de contenidos digitales de la DMCA, diferencia entre cuatro tipos de intermediarios, según la funcionalidad de sus servicios, estableciendo condiciones bajo tal direccionamiento.

a) Intermediación de mera conducción

En este caso de comunicaciones transitorias, el intermediario es definido por la DMCA, como un proveedor de servicios referido a una entidad que ofrece la transmisión, enrutamiento o suministro de conexiones digitales, entre puntos especificados por un usuario, de material de elección de éste último y sin modificación del contenido enviado o recibido¹¹¹.

La sección 512 (a), libera de responsabilidad a los intermediarios que prestan servicios de transmisión, enrutamiento y conexión, almacenamiento intermedio y transitorio de contenido en el curso de dicha prestación de servicios, a condición de que:

- i) La transmisión sea iniciada por un tercero.
- ii) Que los servicios se lleven a cabo mediante un proceso técnico automático, sin que el intermediario seleccione el contenido ni los destinatarios del mismo,
- iii) Que no se produzcan copias del material almacenado por el intermediario, excepto como una respuesta automática a solicitud de un tercero, por un periodo más largo que aquel razonablemente necesario para la provisión de los servicios.
- iv) Que el contenido se transmita sin su intervención o modificación.

Esta limitación de responsabilidad resulta aplicable para los intermediarios que únicamente transmiten, enrutan o proveen conexiones de datos, desde un punto a otro, a solicitud de un tercero, incluyendo el almacenamiento intermedio y temporal¹¹².

¹¹¹ DMCA, Sección 512, subsección k) (1) (A).

¹¹² En *RIAA vs. Verizon*, la Corte de Apelaciones para el D.C. Circuit, de 2003, sentenció que los proveedores de servicios de mera conducción no son sujetos pasivos de la citación de la letra h) de la sección 512 de la DMCA, que tiene como objeto la obtención del intermediario, la identificación del usuario infractor a los derechos de propiedad intelectual, en la medida en que estos intermediarios no tienen control sobre el contenido infractor que se almacena, con énfasis en su calidad de mero conducto entre los archivos peer to peer. Así las cosas, el tribunal consideró que uno de los requisitos para solicitar la referida citación, es que el propietario de los

En la discusión de la DMCA, el Congreso norteamericano dejó constancia de la funcionalidad de intermediación que tenía en mente, expresando que en el curso de mover paquetes de información a través de redes digitales, muchas copias intermedias y transitorias de la información pueden hacerse en enrutadores y servidores. Dichas copias se crean de forma automática a consecuencia del proceso de transmisión¹¹³.

b) Intermediación de almacenamiento temporal

Luego, la Sección 512 (b) de la DMCA, se refiere a los intermediarios de almacenamiento intermedio y temporal de contenido o «caching»¹¹⁴. Las condiciones de limitación de responsabilidad son:

- i) Que el material sea puesto a disposición por una persona distinta del intermediario.
- ii) Que el material se transmita por el usuario y no por el intermediario de Internet en cuestión.
- iii) Que el almacenamiento se realice a través de un proceso técnico automático con la finalidad de ponerlo a disposición de los usuarios del sistema o red, a solicitud del usuario.

derechos de autor identifique el material que alega infringe sus derechos o que es sujeto de actividad infractoras, respecto del cual requiere se elimine o se restrinja el acceso, con información suficiente para que el intermediario procesa al retiro o restricción descrita. Por tanto, con prescindencia de la información provista por el titular de derechos de autor, el intermediario de mera conducción no podrá quitar o deshabilitar el acceso al material, dado que dicho contenido se almacena en los servidores de otro intermediario. Véase en *RIIA vs. Verizon Internet Service Inc*, f. 3D. 1229, 1236 (D.C. Cir. 2003).

¹¹³ House of Representatives. (1998). Report 105-551: Digital Millenium Copyright Act of 1998. 105TH, 2d Sesión, Part 2, p. 51.

¹¹⁴ El almacenamiento en caché del sistema funciona almacenando archivos durante cortos períodos de tiempo para mejorar la velocidad de navegación web y para evitar tiempos de carga lentos. Véase en IYENGAR, Arun; NAHUM, Erich; SHAIKH, Anees y TEWARI, Renu. (2004). Web caching, consistency, and content distribution. En: SINGH, Munindar, *The practical Handbook of Internet computing*. Boca Raton, CRC Prees, pp. 1-19.

Según prevé el numeral 2 de la sección 512 b), el material debe transmitirse sin modificación de su contenido.

El intermediario debe cumplir las normas generalmente aceptadas de comunicación de datos de la industria relativas a la actualización («refreshing») y recarga del material, por lo que no debe interferir con la tecnología utilizada por la parte de origen para devolver la información de uso a esa parte, garantizando que las condiciones para acceder al material impuesto por la parte originaria, v.gr., el pago de tarifas, se cumplan.

En lo fundamental, el modelo regulatorio norteamericano sujeta la limitación de responsabilidad del intermediario de caching a los requisitos proscriptivos de modificación de contenidos, de interferencia en las medidas que permiten al titular obtener información sobre quienes acceden a sus contenidos y, por otro lado, a los requisitos de actualización de los contenidos que conserva en su memoria caché y de mantención de las condiciones de acceso.

La DMCA establece en este punto, el deber del intermediario de almacenamiento temporal de contenidos, de eliminar o deshabilitar, rápidamente, el acceso al contenido infractor una vez recibida la notificación («notice») por parte del titular de derechos de autor sobre la falta de autorización para la puesta a disposición del contenido, salvo que el retiro del material se haya producido en el sitio de origen o el acceso al mismo haya sido deshabilitado o un tribunal haya ordenado que el material sea retirado desde el sitio de origen o que el titular del derecho de autor que envía la comunicación de infracción, declare la efectividad de alguna de las acciones antes señaladas.

La historia legislativa da cuenta de que, en el caso de los intermediarios de caching, el Congreso estadounidense pretendía cubrir la tecnología que sirve de intermediación entre el sitio de origen y el usuario final, para el almacenamiento temporal de material, con el fin de aumentar el rendimiento de la red y de reducir la congestión en la misma¹¹⁵.

¹¹⁵ House of Representatives. (1998). Report 105-551: Digital Millenium Copyright Act of 1998. 105TH, 2d Sesión, Part 2, p. 52.

c) Intermediación de hosting

La letra c) de la sección 512 se dirige a los intermediarios de almacenamiento o alojamiento de contenidos. El beneficio del safe harbor en este caso se supedita, en primer término, al conocimiento que el intermediario tiene de la infracción o de los hechos que la rodean, requiriendo que:

- i) No tenga conocimiento real de que la actividad o material alojado en su sistema infringe derechos de autor.
- ii) No tenga conocimiento real de los hechos o circunstancias que hagan presumir la infracción.
- iii) Actuó expeditamente para remover o hacer inaccesible el contenido infractor una vez que tomado conocimiento.

En segundo término, la DMCA requiere que el intermediario de alojamiento no reciba beneficio pecuniario directamente derivado de la actividad infractora, siempre que detente derecho y capacidad de control sobre dicha actividad.

Nótese que los intermediarios de hosting no caben dentro de la definición de la subsección (k) (1) (A) de la sección 512 de la DMCA, empero, el Congreso tuvo la declarada intención de incluirlos en aquella contenida en la misma subsección (1) (B), que prevé que proveedor de servicios significa un proveedor de servicios en línea o acceso a la red, o el operador de las instalaciones para ello¹¹⁶.

A su vez, el Congreso precisó que los intermediarios de almacenamiento u hospedaje son aquellos que «(...) proporcionan espacio en el servidor para el sitio web de un usuario, para una sala de chat u otro foro en el que se puede publicar material bajo la dirección de los usuarios»¹¹⁷.

¹¹⁶ Op. cit. p. 64.

¹¹⁷ Op. cit. p. 53.

d) Intermediación de referenciación

Finalmente, la DMCA incluye en la letra d) de la sección 512, la intermediación de hipervinculación, comprendiendo a aquellos intermediarios de Internet que refieren o vinculan a los usuarios a una ubicación en línea, mediante el uso de herramientas de ubicación de información, incluido un directorio, índice, referencia, puntero o enlace de hipertexto, como un motor de búsqueda¹¹⁸.

Las condiciones de puerto seguro para este tipo de intermediario son las mismas que para los intermediarios de host. En efecto, el intermediario se exime de responsabilidad si, teniendo conocimiento, remueve el contenido o material presuntamente infractor o, si al recibir una notificación, remueve o inhabilita el acceso, a condición de que no reciba beneficio económico de la infracción teniendo derecho y capacidad de control¹¹⁹.

En el presente nivel de abstracción y fuera de lo previsto por la DMCA, la discusión sobre el estándar idóneo de mensura del conocimiento real o efectivo de los intermediarios de Internet está lejos de arribar a un consenso.

Como sea, el objetivo de dicho ejercicio debe dar cuenta de la integración de criterios y enfoques de estándares de conocimiento (v.gr. conocimiento real, conocimiento constructivo, conciencia de infracción y conocimiento fáctico de los hechos o circunstancias que hacen evidente la infracción), a efectos de no desvirtuar el modelo regulatorio de la no responsabilidad/condicionada de los intermediarios de Internet¹²⁰.

¹¹⁸ Op. cit. pp. 56-57.

¹¹⁹ La razón de la precedente provisión responde a la teoría de la responsabilidad vicaria, en virtud de la cual el intermediario es responsable por las acciones del usuario infractor, cuando tiene derecho y capacidad de control de los actos del infractor y recibe un beneficio económico directo de su actividad. Este es el lineamiento jurisprudencial sentado en *Religipus Technology Center v. Netcom On-Line Communications Services*, 907 F. Supp. 1261 (N.Cal.1995).

¹²⁰ Sobre estándares de conocimiento de los intermediarios de Internet en el debate norteamericano, véase a SADEGHI, Mohammad. (2013). *The knowledge standard for ISP copyright and trademark secondary liability: A comparative study on the analysis of US and EU Laws*. Thesis submitted for the degree of Doctoral of Philosophy in Law, School of Law, Brunel University London, pp. 35 y ss.

En el ámbito de la DMCA, ciertas perspectivas se han alineado en la aceptación de que el conocimiento exigido por tal normativa se produce sólo a partir de la notificación de la infracción que cumpla con los requisitos contenidos en la sección 512¹²¹. Sobre esta base, los tribunales norteamericanos han sido enfáticos en puntualizar que el beneficio del safe harbor sólo procede si el intermediario cumple con todas las cláusulas de la sección 512, y no sólo con algunas de ellas. De allí que se haya fallado que los errores intrascendentes en la notificación, tales como errores ortográficos, no invalidan la notificación, ergo, hacen subsistir el deber de acción sustancial del intermediario a efectos de retirar el contenido infractor. En último término, las comunicaciones deficitarias en este tipo de casos, no suprimen el conocimiento efectivo del intermediario¹²².

Ahora bien, en términos generales, el examen judicial de la elegibilidad de los intermediarios de Internet para hacerse del beneficio de puerto seguro de la DMCA, debe recaer en la subsunción de la actividad de intermediación en alguna de las definiciones proporcionadas por la subsección (k) de la Sección 512, al tiempo de verificar si la actividad de intermediación recae en alguno de los ámbitos funcionales de las letras (a) – (d). Luego, el tribunal está llamado a constatar la adopción de las medidas descritas en la misma normativa.

Ciertamente, los tribunales norteamericanos no han abordado de manera sistemática el tema de la carga de la prueba con respecto a los puertos seguros.

Existen algunos fallos que han dedicado algunas consideraciones a evidenciar que la carga de la prueba recae en el titular de los derechos de autor, en la medida en que el puerto

¹²¹ Dichos requisitos apuntan a la correcta identificación del usuario infractor, del material infractor, de su localización y de la titularidad de los derechos de autor del reclamante. Las implicancias de lo anterior se traducen en un proceso de verificación de la infracción a los derechos de copyright denunciada en la notificación. Algunas investigaciones comparativas han dado cuenta de la poca proligidad de algunos intermediarios en la remoción de contenidos que finalmente no infringían derechos de autor. Véase en MARSOOF, Althaf. (2017). Notice and takedown: A copyright perspective. London, Thesis PhD candidate, Dickson Poon School of Law, King's College London, pp. 12 y ss.

¹²² Consúltese la precitada tesis en *Perfect 10 Inc. v. CCBill LLC*, 481 F. 3d 751 (Court of Appeals, 9th Cir. 2007); Véase además *Recording Industry Association of America, INC. v. Verizon Internet Services, INC.*, 351 F. 3d 1229 (D.C. Circ. 2003).

seguro de la DMCA es una defensa afirmativa, de donde han desprendido que el intermediario no tiene la carga de acreditar la falta de conocimiento del material o actividad infractora¹²³.

Por otra parte, existen sentencias que consideran que la carga de la prueba con respecto a las limitaciones establecidas en la Sección 512, se divide entre el intermediario de Internet y el titular de propiedad intelectual, lo que exige que el intermediario demuestre que cumple con la definición contenida en la subsección (k); que la actividad potencialmente infractora cae dentro de alguno de las condiciones de intermediación de las letras (a) – (d) de la Sección 512 y que ha cumplido con las obligaciones que éstas imponen, mientras que los titulares tienen la carga de la prueba para desvirtuar las limitaciones de responsabilidad establecidas en beneficio del intermediario¹²⁴.

2.3 El mecanismo del modelo regulatorio de la DMCA: Notice and takedown

2.3.1 Ideas preliminares

Cuando expresamos que la DMCA optó por el modelo de notificación y desmontaje o «notice and takedown», queremos significar que este mecanismo de notificación no es el único existente en los regímenes de protección a la propiedad intelectual en el ciberespacio.

¹²³ Al respecto véase en *Viacom International Inc., Comedy Partners, Country Music Television, Inc., Paramount Pictures Corporation, Black Entertainment Television LLC vs. Youtube, Inc., Youtube, LLC, Google Inc.*, 13-170-cv (Court of Appeals, 2th Cir, 2013). Véase además en *ALS Scan, Inc., vs. RemarQ Cmtys., Inc.*, 239 F.3d 619, 625 (4th Cir. 2001); *Disney Enters., Inc. vs. Hotfile Corp.*, No. 11-20427-CIV, 2013 WL 6336286, at *19 (S.D. Fla. Sept. 20, 2013).

¹²⁴ En este sentido, véase en *Perfect 10, Inc. vs. CCBill LLC*, 488 F.3d 1102, 1114 (9th Cir. 2007), cert. denied, 552 U.S. 1062 (2007) (citing *Napster*, 239 F.3d at 1013 n.2); *Capitol Records, LLC vs. Vimeo, LLC*, 826 F.3d 78, 94–95 (2d Cir. 2016).

Eso hace posible explicar, desde ya, que los mecanismos adoptados por diversos sistemas regulatorios, son indiciarios del balance otorgado entre los intereses y responsabilidades de los titulares de derechos y los intermediarios de Internet.

De esta manera, existen mecanismos de «notice and notice», en cuya virtud el intermediario envía notificaciones al propietario de los derechos de autor, en alerta de la infracción a sus derechos, lo que, en términos generales, no implica carga alguna para el intermediario, así como tampoco para el usuario supuestamente infractor, en suma, recayendo la elección de adoptar acciones legales en manos del autor o titular¹²⁵.

Luego, también se presenta dentro de los sistemas de propiedad intelectual en línea, el mecanismo de la responsabilidad graduada. Bajo dicha modalidad, el intermediario de Internet está conminado a adoptar medidas que se van intensificando luego de advertir al usuario sobre presunta actividad infractora a los derechos de autor de un tercero.

Según han puntualizado algunos autores anglosajones, esta caracterización del mecanismo referido, responde a dos principios básicos¹²⁶:

- a) Los intermediarios de Internet tienen la obligación de participar en el esquema de protección a los derechos de autor, pues en caso contrario recibirían un beneficio injusto de la infracción que se conecta a su servicio.
- b) El sistema proporciona este mecanismo en consideración de que resulta menos oneroso que perseguir la responsabilidad en los usuarios¹²⁷.

Existe también un mecanismo de «aviso y suspensión» que conjuga las cargas previstas por los mecanismos anteriormente descritos, en manos del intermediario de

¹²⁵ Canadá ha adoptado este mecanismo de notificación: «An owner of the copyright in a work or other subject-matter may send a notice of claimed infringement to a person who provides». Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, artículo 41-25.

¹²⁶ SUZOR, Nicolas y FITZGERALD, Brian. (2011). The legitimacy of graduated response schemes in Copyright Law. University of New South Wales Law Journal (1): p. 3.

¹²⁷ Este es el mecanismo adoptado por Francia, a partir de la Ley de Promoción de la Distribución de Obras Creativas y la Protección de los Derechos en Internet, también conocida como «Ley Hadopi» del 2009, a partir de la cual se establece la regla de los «three-strikes».

Internet¹²⁸, quien tiene el deber de evitar la reaparición del contenido infractor, a través del uso de tecnología de reconocimiento¹²⁹.

De igual forma, existen mecanismos de sistema verificador. Este instrumento tiene diversas variantes según sea el organismo o entidad sobre la cual recaiga el deber de revisar y verificar la validez de las notificaciones, externalizando el rol de protección de la propiedad intelectual en Internet (v.gr. terceros con sistema de verificación, tal y como opera en Japón a través del funcionamiento de la «Reliability Verification Organization o RVO»¹³⁰, agencias gubernamentales¹³¹; comisiones intergubernamentales¹³²).

Finalmente, algunos sistemas contienen mecanismos de bloqueo. El precitado instrumento es propio de órdenes europeos¹³³ y se traduce en la confianza depositada en el bloqueo de los sitios web de «piratería digital».

¹²⁸ Este mecanismo ha sido adoptado por Alemania, en donde la notificación deriva en la obligación del intermediario de usar tecnología de filtrado, para asegurar el desmontaje y permanencia del material infractor, en prevención de infracciones del mismo tipo. Así, en casos como *Atari Europe vs. Rapidshare*, el Tribunal Federal sentenció que, ante la notificación, el intermediario debió haber verificado si copias no autorizadas del videojuego fueron almacenadas en sus servidores por otros usuarios. Véase en *Atari Europe vs. Rapidshare*, I ZR 18/11 (Tribunal Federal de Justice of Germany 2012).

¹²⁹ Sobre medidas tecnológicas de protección de derechos de autor en línea, consúltese en LARA, Juan Carlos y VERA, Francisco. (2013). Medidas tecnológicas de protección de derechos de propiedad intelectual: desafíos regulatorios en Chile. *Revista Derechos Digitales* (1): 3-24.

¹³⁰ Copyright-related Work Group- (2002). Provider Liability Limitation Act Guidelines Relating to Copyright (traducc. Telecom Services Association) [en línea] Disponible en <https://www.telesa.or.jp/wpcontent/uploads/consortium/provider/pdf/guidelines_copyright.pdf> [consulta: 31 mayo de 2020].

¹³¹ Es el caso italiano que reserva la supervisión de algunos aspectos de las comunicaciones del país, con autoridad administrativa para velar por la vigencia de los derechos de autor, a la autoridad reguladora independiente «AGCOM». Véase en WIPO. (2019). Iniciativas para evitar la publicidad remunerada en los sitios web que infringen el derecho de autor, Contribuciones preparadas por Italia, la República de Corea y la Comisión Europea. Comité Asesor sobre Observancia, Décimo cuarta sesión, Ginebra, 2 a 4 de septiembre de 2019, p. 2.

¹³² España cuenta con este mecanismo, en cuya virtud una entidad administrativa colabora con la autoridad judicial, revisando la primera las infracciones a la propiedad intelectual en línea, y ordenando el segundo la eliminación del contenido infractor. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

¹³³ Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 6 de noviembre de 2018 — LF / Google LLC, YouTube Inc., YouTube LLC, Google Germany GmbH (Asunto C-682/18) (2019/C 82/03, sobre el artículo 8(3) de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los

2.3.2 Notice and takedown

El modelo regulatorio de la DMCA que determina el rol de los intermediarios de Internet en el marco de la protección de los derechos de autor en línea, ergo, define su no-responsabilidad/condicionada por las infracciones a la propiedad intelectual que cometen sus usuarios, utiliza como mecanismo al servicio del cumplimiento de los fines del modelo, el sistema del «notice and takedown» (en adelante «NTD»), regulando los requisitos de la comunicación y las cargas de retiro que deben soportar los intermediarios aludidos, llevando el safe harbor hasta el vínculo entre el intermediario y el titular de derechos de autor.

Sin perjuicio de lo anterior, existe también vinculación prevista para con el usuario supuestamente infractor, en la medida en que se ocupa de resguardar el derecho del usuario de contranotificar al intermediario de Internet para defender la licitud del contenido acusado de infractor.

Esto supone una solución a la compleja cuestión de los falsos positivos (afirmación de ilicitud de contenidos autorales realmente lícitos o de uso autorizado)¹³⁴ a través de la vuelta a disposición de la red de los contenidos aludidos¹³⁵.

Con todo, el mecanismo del NTD compele al intermediario de Internet –además de cumplir con las condiciones de la Sección 512 letras (a) – (d) de la DMCA– a mantener un proceso de notificación y eliminación que responda rápidamente, eliminando o

derechos de autor en la sociedad de la información [en línea] Disponible en <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62018CN0682>> [consulta: 2 junio de 2020].

¹³⁴ URBAN, Jennifer; KARAGANIS, Joe y SCHOFIELD, Brianna. (2016). Notice and takedown in every practice. California, BerkeleyLaw, The American Assembly Columbia University, pp. 39 y ss.

¹³⁵ Salvo que el notificante comunique al intermediario que ha iniciado un procedimiento judicial en tutela de su derecho de autor. Sección 512 (g)(2) de la DMCA.

El tema de los falsos positivos es un defecto de los modelos regulatorios que ha sido anotado en el debate jurídico comparado. Este fenómeno consiste en la adopción de medidas contra una infracción de derechos de autor que no es tal, lo que genera costos sociales significativos, como el aumento de litigios y costos transaccionales, distorsiones del mercado de licencias y, eventualmente, la erosión de los derechos de libre expresión y de dominio público. Para una mayor profundización sobre el fenómeno de los falsos positivos, véase a DEPOORTER, Ben y KIRK WALKER, Robert. (2013). Copyright false positives. *Note Dram Law Review* (89-1): 319-360.

deshabilitando el acceso al material supuestamente infractor, al tiempo de recibir la notificación del titular de los derechos de autor, debiendo dar aviso al usuario aparentemente infractor.

Cumplida este último requerimiento, el intermediario es no es responsable, aun cuando posteriormente se compruebe que el material realmente no infringía los derechos de autor¹³⁶.

Para efectos de recibir la notificación de infracción de derechos de autor y subsecuente solicitud de retiro, la DMCA impone a los intermediarios el deber de designar un delegado, poniendo la información relativa al delegado en conocimiento de eventuales reclamantes a través de un aviso suficientemente visible en su sitio web, registrando dicha información, además, en la Copyright Office¹³⁷.

2.4 El modelo de la DMCA como estándar implantado

El modelo regulatorio de la DMCA ha sido adoptado, con matices más o menos considerables, dentro de un espectro amplio de países que adhieren a sus postulados, generalmente a través de Tratados de Libre Comercio que Estados Unidos ha celebrado con múltiples Estados tales como Australia, Singapur, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Colombia, Perú, Chile, entre otros. El estándar de la DMCA fue implementado en nuestro país a partir del TLC Chile-Estados Unidos del año 2003, en cuya virtud se introdujo un capítulo de limitación a la responsabilidad de los prestadores de servicio de internet en nuestra Ley de Propiedad Intelectual el año 2010¹³⁸.

¹³⁶ Sección 512 (g) (1) – (2) de la DMCA.

¹³⁷ Aun cuando las subsecciones (b) y (d) de la Sección 512, no exigen expresamente que los intermediarios designen a un agente para recibir notificaciones de infracciones a los derechos de autor, lo cierto es que ambos incorporan las disposiciones de notificación de la Sección 512 (c) (3), que establecen que se enviarán avisos al «agente designado del proveedor de servicios».

¹³⁸ Tal y como ha enfatizado el Instituto Max Planck para la Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia (MPI), la propiedad intelectual ha sido utilizada como moneda de cambio en los acuerdos comerciales con Estados Unidos, reflejo de intereses comerciales y objetivos ajenos al sistema -idóneo- de protección de

Aun cuando en el debate jurídico comparado se ha venido cuestionando la idoneidad de replicar un modelo que requiere de adecuación al cumplimiento de sus fines, en cuanto a su estructura normativa¹³⁹, durante los últimos veinte años, Estados Unidos ha adoptado y ejercido un papel de productor de normas de propiedad intelectual que tienden a replicarse en distintos puntos del orbe, aun con importantes obstáculos de implementación en razón del carácter controversial de sus propuestas.

Existe, por tanto, un cuestionamiento en torno a la réplica integral del modelo regulatorio de la DMCA, precisamente por la inadecuación de los fines del modelo, por lo que este debate se ha planteado en diversos países¹⁴⁰.

Así, en el año 1974, a través de la reforma de la Ley de Comercio, se incluyó la propiedad intelectual en el artículo 301, a partir del cual se autoriza al Presidente a adoptar las medidas conducentes a remover la infracción de cualquier ley, política o práctica por parte de naciones extranjeras respecto de las cuales Estados Unidos tenga un acuerdo de comercio internacional o, no habiendo Tratado, la referida infracción represente una carga sobre el comercio norteamericano.

En virtud de aquello, la Oficina del Representante Comercial de Estados Unidos debe dar seguimiento al cumplimiento de los estándares de propiedad intelectual en los cuales se sustenta su propio sistema, en todos los países del mundo, negociando soluciones.

propiedad intelectual. MPI. 2013. Principios para las disposiciones sobre propiedad intelectual en Acuerdos Bilaterales y Regionales. Trigésimo Segundo Congreso Anual de la International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property (ATRIP), 23-26 de junio de 2013, Universidad de Oxford [en línea] Disponible en <https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/forschung_aktuell/06_principles_for_intellectua/principles_ip_rta.pdf> [consulta: 16 octubre 2018].

Con todo, nuestro país no adoptó el mecanismo privado de notificación y retiro, y lo sustituyó por una instancia prejudicial o judicial de bloqueo del acceso al contenido infractor, sin bloquear otros contenidos legítimos (artículo 85 R de la Ley de Propiedad Intelectual).

¹³⁹ «It is questionable whether this anachronistic model is appropriate and well-adapted for other countries in the Pacific Rim in the digital age». RIMMER, Matthew. (2017). Back to the future: The Digital millennium Copyright Act and the Trans-Pacific- Partnership. *Laws* (6-11): p. 2.

¹⁴⁰ Sobre las deficiencias de implementación del modelo de la DMCA en América Latina y el Caribe, véase a DÍAZ, Álvaro. (2008). América Latina y el Caribe: La propiedad intelectual después de los tratados de libre comercio. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), pp. 24 y ss.

A partir de lo anterior, la Oficina del Representante elabora de manera anual el conocido Informe 301, en el cual expone en términos generales los niveles de cumplimiento de protección de la propiedad intelectual de acuerdo al modelo de la DMCA de los distintos países¹⁴¹.

Lo anterior tiene alcances sustanciales en el marco del presente acápite, si se tiene en consideración que la evaluación de las políticas de propiedad intelectual en el mundo, está sujeta a la valoración contenida en el Informe 301, lo que se traduce en la construcción de un instrumento de referencia internacional para el resto de los Estados.

En algunas latitudes, como en Colombia, se han promovido diversas iniciativas legales para ajustar la normativa nacional a sus respectivos TLC con Estados Unidos (Proyecto de Ley Lleras del año 2011 y Proyecto de Ley Lleras 2.0 del 2012), incentivando el régimen de limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet, a través de largos procesos de discusión legislativa. Actualmente la Ley N° 1.915 por la cual se modifica la Ley 23 de 1982 y se establecen otras disposiciones en materia de derechos de autor y derechos conexos, de 2018, reproduce a partir de su artículo 16 las disposiciones de la Sección 512¹⁴².

2.5 Críticas al modelo de la DMCA

El presente apartado tiene por objeto aportar un análisis a nivel deficitario en torno a las falencias del modelo regulatorio de la DMCA. Las críticas vertidas al respecto se formularán en dos sentidos.

¹⁴¹ El informe 301 del año 2018, establece respecto a nuestro país la necesidad de permitir una acción expedita contra los ISP a efectos de combatir los usos no autorizados de la propiedad intelectual en Internet.

¹⁴² Sobre el «copy and paste» de las normas de la Sección 512 de la DMCA en el ámbito colombiano, véase en BERNAL GUZMÁN, Juliana. (2019). De la Ley 1915 de 2018 al Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos: algunas implicaciones para la protección del autor y su obra en el entorno digital. *Revista de la Propiedad Inmaterial* (27): 25-68.

El primero de ellos apunta hacia la base sobre la cual se construye el modelo de la DMCA.

El segundo, se dirige a evidenciar cómo las nuevas prácticas tecnológicas hacen que el modelo regulatorio implementado por la DMCA exija un replanteamiento en la medida en que el formato de intermediación de contenidos digitales tenidos en vista al tiempo de su implementación ha variado durante los últimos años.

a) DMCA como modelo parcial de eliminación de contenidos

La base sobre la cual se construye el modelo regulatorio de la DMCA que incorpora el mecanismo del NTD como sistema de eliminación de contenidos infractores (o supuestamente infractores) de los derechos de autor en Internet es, precisamente, el retiro del material digital que vulnera la propiedad intelectual del reclamante y no la identificación del autor del daño o determinación de su responsabilidad.

La fundamentación de la precedente proposición dice relación con la funcionalidad del modelo regulatorio. En este sentido, el modelo se dirige a la eliminación del contenido ilícito a través del procedimiento del NTD y no centra su funcionamiento en la indagación de la cadena de responsabilidad por la infracción a la propiedad intelectual.

Esto porque aun cuando la notificación del sistema del NTD exige la identificación del usuario infractor, así como del contenido que se considera vulneratorio de los derechos de autor, lo cierto es que los intermediarios de Internet no son responsables si remueven el material aludido en los plazos previstos por la DMCA, dentro del estándar que hemos nomenclaturizado como de «no-responsabilidad/condicionada»¹⁴³, por lo que siempre será

¹⁴³ Lo anterior en analogía al estándar «zeran» (por *Zeran v. American Online*, UE Court of Appeals, 4 Circ, 12 de noviembre de 1997), que la literatura norteamericana ha utilizado para aludir al tránsito de la discusión sobre la responsabilidad estricta de los intermediarios de Internet hacia el régimen de safe harbor de la DMCA. Véase en SCHRUERS, Matthew. (2002). The history and economics of ISP liability for third party content. *Virginia Law Review* (88-1): 205-264.

afín a sus intereses proceder al retiro, más que determinar la responsabilidad del infractor. Esto sin perjuicio de la discusión que, con justicia, pueda sostenerse en torno a la idoneidad de que un órgano no judicial adjudique en materia de derechos contrapuestos.

Al respecto existen algunos estudios que apuntan al uso abusivo del retiro del mecanismo por parte de los intermediarios de Internet. En términos particulares, The Wall Street Journal ha publicado una serie de artículos en cuya virtud se detallan las prácticas utilizadas por individuos u organizaciones de gestión de derechos, que materializan sus intereses en retiros de material con gran liviandad. Lo anterior conllevó a que Google eliminara cinco sitios web de Google News después de que The Wall Street Journal preguntara por ellos, declarando el intermediario, que dichos sitios habían violado sus políticas sobre prácticas engañosas¹⁴⁴.

De allí que una de las reiteradas críticas al mecanismo del NTD, sea que los intermediarios de Internet actúan como cuasi-jueces, sin que la revisión del contenido supuestamente infractor esté sujeta a la decisión de la judicatura o de un tercero imparcial¹⁴⁵, como la manifestación más típica del Derecho¹⁴⁶.

El modelo de la DMCA atiende insatisfactoriamente a lo anterior, es decir, no se hace cargo de la parcialidad de que se encuentran dotados los intermediarios de Internet en la remoción de contenidos, sea porque el mecanismo del NTD parece funcionar como un alivio ante posibles acciones legales dirigidas contra estos intermediarios, soslayando el hecho de que la imparcialidad constituye un requisito sine qua non respecto de los derechos e intereses

¹⁴⁴ LEVY, Rachel. (2019). How the 1% Scrubs its Image Online. The Wall Street Journal (Diciembre. 13, 2019) [en línea] Disponible en < <https://www.wsj.com/articles/how-the-1-scrubs-its-image-online-11576233000>> [consulta: 27 septiembre 2019].

¹⁴⁵ En idéntico sentido, véase a VARGAS, Paula. (2016). ¿Es acorde al Inter-American System of Human Rights de protección de la libertad de expresión el mecanismo de remoción de contenidos de la DMCA?. Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información, Facultad de Derecho, Universidad de Palermo, pp. 1-15.

En el Reino Unido, por ejemplo, la Internet Watch Foundation («IWF») desarrolla una labor de determinación del contenido de pornografía infantil, para luego informar a las autoridades sobre dicho contenido, proporcionando, a la vez, directrices a los intermediarios para la eliminación de dicho contenido.

¹⁴⁶ TALAVERA, Pedro. (2006). Imparcialidad y decisión judicial en el Estado Constitucional. Revista Bolivariana de Derecho (2): 15-42.

involucrados en la retirada de contenido digital. No existe, por tanto, una explicación satisfactoria que dé cuenta de las razones por las cuales los intermediarios ejecutan deberes cuasi-judiciales en la decisión relativa a la legalidad del contenido que se transmite o aloja en sus sistemas y en la actividad de bloqueo o eliminación del mismo¹⁴⁷.

En este orden de ideas, en el Workshop realizado en el año 2010 por la OCDE, sobre el papel económico y social de los intermediarios, los actores de Internet participantes¹⁴⁸, hicieron presente que el sistema del NTD trae aparejado dos riesgos acrecentados por la experiencia de implementación del modelo a la fecha de elaboración de las actas del informe, cuales son, la excesiva notificación y falta de revisión judicial en la afectación de los derechos e intereses involucrados¹⁴⁹.

De esta manera, la DMCA valida una posición de parcialidad en la intermediación de contenidos, que difícilmente puede ser importada a los sistemas del civil law cuya tradición jurídica se enraíza en la intervención judicial cuando los derechos están en juego¹⁵⁰. De ahí que algunos autores especializados hayan apuntado que el modelo de la DMCA constituye una caja de reclamos que no tiene un impacto real en la lucha contra las infracciones a la propiedad intelectual en los países del civil law¹⁵¹.

¹⁴⁷ Yannopoulos, iluminadoramente, expresa: «Subject to an interpretation that would abolish judges, Internet intermediaries will be charged with quasi-judicial duties: they would be obliged to decide the legality of content being transmitted or hosted in their systems and to take action by blocking, filtering or taking down such content. This is, definitely, a role not to be played by intermediaries and would endanger legal insecurity as of what is legal or not, while camouflaging phenomena of censorship». YANNOPOULOS, Georgios. (2017). The immunity of Internet intermediaries reconsidered?. *En: The Responsibilities of Online Service Providers. Law, Governance and Technology Series*, Taddeo M., Floridi L. Edit. Oxford, Editorial Springer, p. 56.

¹⁴⁸ University of Michigan, Georgetown University, University of Sheffield, Minister for Public Administration and Innovation of Italy, Directorate General for the Internet Market and Services at the European Commission, Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato of Italy, Global Network Initiative, Office of Policy Analysis and Development, Commerce Department, National Telecommunications and Information Administration, entre muchos otros.

¹⁴⁹ OCDE. (2010). Workshop Summary. The role of Internet intermediaries in advancing public policy objectives. Held on 16 June 2010 in Paris, France, p. 6.

¹⁵⁰ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. (2013). La deontología del juez. *En: El buen jurista. Deontología del Derecho*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, p. 35.

¹⁵¹ En este sentido, véase a YANNOPOULOS, Georgios. Op. cit., pp. 43-59.

A mayor abundamiento, en el marco del primer aviso de consulta de la U.S. Copyright Office el 31 de diciembre de 2015, a raíz de la elaboración del informe sobre la Sección 512 de la DMCA, relacionado con las audiencias de revisión de derechos de autor celebradas entre el 2013 y 2015 en el Comité Judicial del Congreso, la Asociación de Editores Estadounidenses («AAP»), envió sus comentarios con fecha 6 de abril de 2016, expresando que los titulares de derechos de autor envían millones de notificaciones, sin embargo, éstas colectivamente no impactan significativamente en la reducción del material infractor disponible¹⁵².

En los últimos años, los titulares de derechos de propiedad intelectual han descrito el mecanismo del NTD como un juego de «whack-a-mole», en referencia la recreación en el que el jugador sostiene un mazo acolchado e intenta golpear los lunares mecánicos a medida que salen de sus agujeros¹⁵³. La precitada analogía quiere significar que las nuevas tecnologías y la velocidad de Internet han desafiado la posibilidad real de los autores y titulares de derechos de enviar los avisos del NTD a los intermediarios, por lo que el material infractor sigue estando disponible en línea.

En el mismo sentido, en el ámbito norteamericano se ha señalado que el mecanismo de aviso y la subsecuente eliminación del contenido infractor a los derechos de autor, logra mínimamente detener el contenido ilegal, a modo de retraso en su distribución, toda vez que éste se vuelve a cargar inmediatamente después de desmontarlo, lo que conlleva importantes

¹⁵² Content Creators Coalition (“c3”), Comments Submitted in Response to U.S. Copyright Office’s Dec. 31, 2015, Notice of Inquiry at 4 (Apr. 1, 2016).

¹⁵³ Tr. at 28:19–23 (May 2, 2016) (Richard Burgess, A2IM) (“We have labels with 250 staff and we have labels with five staff who are clearly at the lower end, who simply do not have the resources to be able to send these notices and to be able to police those. But even if you do, it is the whack-a-mole game that you talk about. You just simply cannot win.”); Tr. at 108:13–16 (Apr. 8, 2019) (Stephen Carlisle, Nova Southeastern University) (“The whack-a-mole problem on its own makes it simply unaffordable from a time standpoint and a financial standpoint, to send out the number of notices required.”); Tr. at 397:2–5 (Apr. 8, 2019) (Keith Kupferschmid, Copyright Alliance) (“Because the notices they send basically have very little effect. The material goes back up on line . . . and it’s sort of this game of whack-a-mole.”); Ernesto Van der Sar, Google Asked to Remove 100,000 ‘Pirate Links’ Every Hour, TORRENTFREAK (Mar. 6, 2016), Disponible en <<https://torrentfreak.com/google-asked-to-remove-100000-pirate-links-every-hour-160306/>>.

costos para el titular de derecho de autor y no produce efectos importantes en la detención de la vulneración de su derecho¹⁵⁴.

b) DMCA como un modelo superado de intermediación ante las nuevas tecnologías, los nuevos modelos de negocios y prácticas actuales

«Technology changes, economics laws do not?».

C. SHAPIRO y H. R. VARIAN,. (1999). Information Rules. A Strategic Guide to the Network Economy. Boston, Harvard Business School Press, p. 2.

La intermediación a través de la cual se distribuye y se comparte contenido digital protegido por derechos de autor en Internet, ha sido remodelada intensamente durante los últimos años a través del fenómeno de metamorfosis que ha impulsado la tecnología digital, las nuevas prácticas y modelos de negocios de explotación de contenidos¹⁵⁵, cuestiones que abordaremos en los siguientes acápite.

b.1) Las nuevas tecnologías

El régimen de no-responsabilidad/condicionada del safe harbor que recoge la DMCA fue diseñado para abordar situaciones de transmisión, caché, alojamiento y búsqueda de contenidos en donde el intermediario tradicional proporcionaba el espacio digital a partir del cual los contenidos estaban disponibles para un suscriptor en su servidor.

En este escenario, resultaba desconocido para el intermediario que ese espacio era utilizado por el usuario para descargar, almacenar y, eventualmente, copiar de forma ilegal

¹⁵⁴ VAN DE SAR, Ernesto. (2018). Top 3 copyright «owners» sent Google a billion takedown Requests. Torretfreak [en línea] Disponible en < <https://torretfreak.com/top-3-copyright-owners-sent-google-a-billion-takedown-requests-181225/>> [consulta: 14 abril 2020].

¹⁵⁵ RUSTAD, Michael. (2016). Global Internet Law in a Nutshell. Tercera Edición. Minnesota, Editorial West Academic Publishing, pp. 344 y ss.

los contenidos por derechos de autor. Este es el intermediario al cual la DMCA liberó de responsabilidad si cumplía con las condiciones impuestas para ello.

Sin embargo, han surgido nuevas modalidades de intermediación a través de prácticas tecnológicas modernas, que no estaban en la mente del legislador al momento de redactar la DMCA al final de la década de los noventa. En el mismo sentido se han pronunciado ciertos autores norteamericanos¹⁵⁶.

Frente a la incipiente DMCA, ciertas funciones de intermediación tenían pocos años de implementación en la red (piénsese en eBay, de 1995 y Amazon, de 1994; ambos intermediarios de host y de comercio electrónico, simultáneamente). Por su parte, las redes sociales se reducían a servicios de mensajería instantánea, distintas de las conocidas por los usuarios hoy, como Facebook (de 2004), Twitter (de 2006), Instagram (de 2010), Telegram (de 2013) o WhatsApp (de 2009).

La tecnología de la DMCA era restrictiva de la realidad tecnológica imperante hasta 1998, caracterizada por el lanzamiento del primer reproductor de archivos MP3 (en 1995) y el intercambio de archivos «peer to peer», en manos de Napster, en el año 1996¹⁵⁷ o a través de torrent¹⁵⁸.

¹⁵⁶ WAELDE, Charlotte y EDWARDS, Lilian. (2005). Online intermediaries and copyright liability. WIPO Workshop Keynote Paper, p. 7.

¹⁵⁷ Véase en NÚÑEZ GUERRERO, Antonio; NOWENDSZTERN, Daniel y PÉREZ GARCÍA, Marcos. (2015). Banco de tiempo peer-to-peer. Madrid, Trabajo de fin de grado en Ingeniería informática, Facultad de Informática, Universidad Complutense de Madrid, p. 3.

El concepto de peer-to-peer dice relación con un sistema de transmisión de datos en red, ajeno al esquema tradicional cliente-servidor al que estaba acostumbrado el Internet de la década de los 90' y principios del nuevo siglo. Véase en FERNÁNDEZ QUIJADA, David. (2004). Nuevo paradigma comunicativo convergente. II Congreso Gallego do Audiovisual, 18 de diciembre de 2004, Santiago de Compostela, p. 2.

La tecnología peer-to-peer permite a los usuarios intercambiar información en Internet a través de múltiples máquinas iguales o «pares», vinculadas a través de una red, en lugar de hacerlo a través de un servidor central. STROWEL, Alan. (2009). Peer-to-peer file sharing and secondary liability in copyright law. Northampton, Editorial Edward Elgar, p. 1.

¹⁵⁸ La tecnología del torrent consiste en un archivo pequeño que contiene información sobre otro contenido e instrucciones para identificar las direcciones de otros usuarios BitTorrent. Véase en DUNLAP, Thomas M. y KURTZ, Nicholas A. (2011). Electronic evidence in torrent copyright cases. Digital Evidence and Electronic Signature Law Review (8-1): p. 172.

El modelo de la DMCA que determina la protección de la propiedad intelectual en Internet, sin distinguir la creación de copias no autorizadas por el titular de derecho y la creación de la tecnología que lo posibilita, se sostiene en un escenario en donde la reproducción no autorizada de las obras protegidas por el copyright aún no se enfrentaba a los desafíos plantados por la transformación de la intermediación a través de fenómenos tecnológicos como el acceso a Internet a través de fibra óptica o Wifi (piénsese que en el año 1998 la conexión a Internet solo era posible a través de una línea telefónica).

El legislador de la DMCA no pudo prever la descarga en minutos de una película de 4 GB, aun con niveles bajos de conexión de banda ancha¹⁵⁹.

De ahí que la difusión de grandes cantidades de contenidos pueda ser transmitida a gran velocidad, lo que ha dado surgimiento a nuevas tecnologías de transmisión de contenidos cinematográficos (v.gr. Netflix), musicales (v.gr. Spotify) y generales (v.gr. YouTube).

En efecto, en el escenario moderno de intermediación de contenidos digitales, el tradicional derecho de autor debe lidiar con fenómenos de distribución de obras de forma masiva y, en muchas ocasiones, los derechos de los autores compiten con el “costo cero” de algunas plataformas que permiten la distribución de obras¹⁶⁰ y que en la industria musical significaron transitar desde el vinilo hasta Spotify¹⁶¹.

¹⁵⁹ Véase en ANDERS, David. (2019). Internet speed classifications: What’s fast, what’s slow and what is a good internet speed?. Allconnect [en línea] Disponible en < <https://www.allconnect.com/blog/internet-speed-classifications-what-is-fast-internet> > [consulta: 14 abril de 2020].

¹⁶⁰ El caso Napster constituye un emblema en torno a los problemas generados por las nuevas tecnologías permisivas y alentadoras de la distribución de obras protegidas por copyright frente a los derechos de los titulares de propiedad intelectual. La batalla legal, liderada principalmente por la Recording Industry of America o «RIAA», terminó por ordenar a Napster frenar el intercambio de todos los materiales amparados por los derechos de autor de las grandes casas disqueras, lo que virtualmente importaba el cierre de la empresa. Sin embargo, esta sentencia estuvo lejos de evitar que los usuarios buscaran nuevas formas de compartir sus contenidos sin autorización del titular.

¹⁶¹ PRIETO MARTÍNEZ, María José. (2011). Música, innovación y propiedad intelectual. ¿Tres mundos irreconciliables?. Tres mundos reconciliados [En línea] Disponible en <http://api.eoi.es/api_v1_dev.php/fedora/asset/eoi:78655/componente78654.pdf> [consulta: 7 septiembre 2018].

Lo anterior se enmarca dentro del fenómeno del «valué gap», expresión acuñada por la literatura especializada para dotar de significado a la creciente descompensación entre el valor que algunas plataformas digitales obtienen de la música y el beneficio devuelto a la comunidad musical, es decir, a aquellos que crean e invierten en la música¹⁶² (en particular los servicios en línea de subida de contenidos por los usuarios, tales como YouTube).

Tanto el fenómeno del peer-to-peer como el del torrent, evidencian el condicionamiento del derecho de autor hacia elementos que tensionan la forma tradicional en la que ha sido concebido, desde la localización casi inmediata de obras protegidas por el copyright, hasta la transmisión rápida de contenidos (v.gr. streaming), en cuya virtud la infracción a los derechos de autor se produce a gran escala y no sólo por el «primer infractor» sino que también por todos los sujetos que reproducen la obra.

En el esquema tradicional de Internet, es decir, en la realidad digital concebida por el modelo regulatorio de intermediación de la DMCA, los intermediarios que ofrecen enlaces para conectarse a otras redes peer-to-peer («share hosting megasites») o redes peer-to-peer que alojan contenidos protegidos por derechos de autor, no tienen carga alguna, sino hasta después de ser notificados. Sin embargo, estos intermediarios no desarrollan actividades meramente técnicas, automáticas o pasivas, por lo que su actividad de intermediación no se ajusta a los requerimientos de exención de la sección 512 de la DMCA¹⁶³.

Una comprensión contraria a la antes expuesta, significaría privilegiar el entendimiento de que el intermediario de contenidos digitales no tiene conocimiento de la infracción a los derechos de autor cometidas por sus usuarios, aun cuando interfiera en la puesta a disposición de los contenidos infractores.

Durante los últimos años el fenómeno de la expansión de la «piratería» a través de nuevas tecnologías de intermediación de contenidos, ha sido observado en el ámbito

¹⁶² Definición extraída del Global Music Report 2018, de la International Federation of the Phonographic Industry («IFPI»), de 24 de abril de 2018, p. 21.

¹⁶³ PIÑEROS DURÁN, Sergio. (2013). Los nuevos modelos: una solución equilibrada a la problemática del P2P. Revista La Propiedad Inmaterial (17): 5-29.

comparado¹⁶⁴ como el punto de inflexión en los modelos regulatorios vigentes¹⁶⁵. Así, se ha afirmado que, aun cuando los modelos regulatorios como el de la DMCA funcionaron de paliativo parcial a la infracción de los derechos de autor en las redes digitales, lo cierto es que las nuevas formas de intermediación auxilian al fenómeno de la piratería, desde sitios como Napster, Emule, Grockster, Kazaa, Limewire, etc., hasta los populares torrents.

Lo anterior, debido a la aparición de nuevas tecnologías que permiten la distribución de contenidos en línea, tales como los servicios de streaming, que ponen a disposición de los usuarios gran volumen de contenido, de manera gratuita, obteniendo recursos a través de la publicidad y de la suscripción de servicios premium¹⁶⁶.

En los mismos términos, los servicios de computación en nube eran casi inexistentes en el año 1998, sin embargo, desempeñan un rol fundamental en el Internet actual, permitiendo a los usuarios alojar y compartir contenidos¹⁶⁷. En este orden de ideas, la tecnología de los cyberlockers, permite a un usuario cargar contenido, aun cuando no cuente con el permiso del titular de la propiedad intelectual, permitiendo que otros accedan a éste en forma remota. El riesgo de vulneración a los derechos de autor envuelto en la precitada tecnología se incrementa, en la medida en que estos cyberlockers no son indexados rutinariamente por los rastreadores de búsqueda, lo que complejiza a los autores y titulares de derechos, la posibilidad de controlar la actividad infractora¹⁶⁸.

¹⁶⁴ FLORES ACERO, Germán y BERNAL SÁNCHEZ, Daniela. (2016). El nuevo modelo de distribución musical: del vinilo a spotify. Colección *JUS Privado* (4): 29-45.

¹⁶⁵ Esto porque el desafío de la transformación de la intermediación digital no es una cuestión ajena al modelo regulatorio de la DCE europea. Más adelante analizaremos la crítica desde esa perspectiva.

¹⁶⁶ Tales como Spotify, Deezer, Napster, entre otros.

¹⁶⁷ WILLIAMS, Hannah. (2018). The history of cloud computing: A timely of key moments from the 1960s to now. Computerworld [en línea] Disponible en < <https://www.computerworld.com/article/3412271/the-history-of-cloud-computing--a-timeline-of-key-moments-from-the-1960s-to-now.html> > [consulta: 14 abril de 2020].

¹⁶⁸ Así lo señaló la Asociación Americana de Música Independiente, en sus comentarios de respuesta enviados en el marco de la notificación de consulta de 31 de diciembre de 2015 de la U.S. Copyright Office. U.S. Copyright Office. (2016). Response to Request for Additional Comments: Orphan Works and Mass Digitization, Library of Congress.

Comments by the American Association of Independent Music (“A2IM”).

Incluso los márgenes de la utilización de los servicios de Internet en el año 1998, distan mucho de parecerse a los actuales. Un estudio realizado por Pew Research Center, en el año 1999, indicaba que el 35% de los adultos norteamericanos tenían correo electrónico y sólo el 24% lo revisaba a diario¹⁶⁹. El mismo centro de investigación, señalaba que en el año 2019, el 81% de los norteamericanos tienen Internet en su teléfono y que el 34% revisa su correo durante todo el día¹⁷⁰.

Lo anterior repercute en los efectos del funcionamiento del mecanismo del NTD. Esto porque el gran volumen de avisos de infracción a la propiedad intelectual, especialmente de aquella recibida por intermediarios de acceso masivo, dificulta en gran medida la posibilidad de ejercer la acción judicial para impugnar una contranotificación prevista en la subsección (g) de la Sección 512 de la DMCA, especialmente en consideración del acotado término de diez días para deducir acción judicial luego de una contranotificación.

Por su parte la intangibilidad que caracteriza a las nuevas formas de producción y creación de obras intelectuales ha ido arrinconando al modelo regulatorio de la DMCA ante las nuevas tecnologías digitales y el enforcement de la propiedad intelectual en el entorno en línea no encuentra su correlativo en la consumación de los fines para los cuales el modelo fue construido¹⁷¹, así como tampoco en la conducta social de los usuarios de Internet ni en la

¹⁶⁹ Pew Research Center. (1999). The Internet news audience goes ordinary. U.S. Politics & Policy [en línea] Disponible en <<https://www.people-press.org/1999/01/14/the-internet-news-audience-goes-ordinary/>> [consulta: 14 abril de 2020].

¹⁷⁰ Pew Research Center. (2019). About three-in-ten U.S. adults say they are «almost constantly» online. U.S. Politics & Policy [en línea] Disponible en <<https://www.pewresearch.org/fact-tank/2019/07/25/americans-going-online-almost-constantly/>> [consulta: 14 abril de 2020].

¹⁷¹ Algunas cifras reportadas por Google sobre la cantidad de avisos sobre infracción a los derechos de autor en línea, indican que entre los años 1998 y 2010, recibió cerca de tres millones de notificaciones, y sólo en el año 2013 recibió más de tres millones de avisos, de donde se desprende que el volumen de denuncias a través del mecanismo del NTD se ha disparado, lo que supone una carga adicional para los titulares de derechos y sobre los intermediarios que deben procesar dichas notificaciones a fin de valerse del safe harbor. de allí que la explosión tecnológica y del uso de Internet, plantee desafíos no previstos por el modelo regulatorio de la DMCA. Sobre las cifras aquí mencionadas, véase en Google. (2013). How Google Fights Piracy 15 [en línea] Disponible en <<https://docs.google.com/file/d/0BwxyRPFduTN2dVFqYml5UENUeUE/edit>> [14 abril de 2020].

del mercado digital¹⁷², por lo que es claro que el estándar devengado por la DMCA debe «reposicionarse» ante el citado debate.

b.2.) Los nuevos modelos de negocios y prácticas actuales

El modelo regulatorio de la DMCA se vale de la intermediación aislada según su funcionalidad (proveedores de acceso, caching, alojamiento y motores de búsqueda), ajeno a la concepción de «intermediación combinada» en virtud de la cual los intermediarios desarrollan varias de las funciones antes señaladas, centralizando así diversos usos y servicios que los usuarios pueden extraer de sus plataformas¹⁷³.

Google Inc., es un buen ejemplo de la centralización de funciones de host –a través de Google Book Search, que almacena en línea los libros que Google digitaliza y Google Drive que permite el almacenamiento privado de contenidos– y de búsqueda de contenidos a través de la función tradicional Google Search. A mayor abundamiento, la función que Google desarrolla por Google AdWords y que permite la introducción de publicidad patrocinada a potenciales anunciantes, justificó la decisión de la Court de Cassation francesa del año 2010, en orden a identificar la intermediación prestada por Google AdWords como una actividad de host no neutral, dada la determinación de las «advertising words» y la redacción de los relativos links publicitarios, en la medida en que el intermediario se

¹⁷² Existen incluso quienes sostienen que algunas plataformas vencidas en litigios emblemáticos, como Napster, contribuyen al crecimiento de la industria, v.gr., musical, en la medida en que algunas encuestas afirman que el uso de dichos programas funciona como un factor determinante en la adquisición lícita de obras protegidas por copyright. Véase en OSSA ROJAS, Claudio. (2001). El fenómeno del MP3 y el caso Napster. Revista Electrónica de Derecho Informático (32): p. 14.

Ciertamente, imputar a las nuevas tecnologías y prácticas de consumo de arte y cultura, el poder de derrocar invariablemente los límites de los derechos de autor, importa banalizar los efectos de los fenómenos de la red sobre los objetivos perseguidos por los modelos que profesan las normas protectoras de la propiedad intelectual en el entorno digital.

¹⁷³ Google Inc., es un buen ejemplo de la centralización de funciones de host (Google Book Search, que almacena en línea los libros que Google digitaliza y Google Drive que permite el almacenamiento privado de contenidos) y de búsqueda de contenidos (Google Search).

encuentra, en este caso, en conocimiento de los contenidos insertos en la plataforma electrónica¹⁷⁴.

Por otra parte, algunos prestadores de servicios de intermediación como Youtube, empresa de Google Inc., han venido recurriendo a la figura del «big data», a través del cual realizan tracking de datos, para luego vender dicha información que contiene perfiles de gustos y comportamientos de los usuarios a compañías interesadas en ofertar sus productos por Internet. Luego, la navegación de cada usuario irá acompañada de anuncios publicitarios en forma de banners¹⁷⁵, pop-ups¹⁷⁶, pre-rolls¹⁷⁷ o mid-rolls¹⁷⁸.

Las características técnicas de estas nuevas formas de servicios en el entorno digital, suponen la apertura del umbral de intermediación hacia nuevas formas de dicha actividad, en donde un proveedor de host puede dejar de ser un mero intermediario pasivo, ergo, los riesgos específicos que su actividad genera, justifican la proyección sobre ellos de los riesgos de difusión de contenidos ilícitos que tales modelos de negocio generan de manera evidente¹⁷⁹, perdiendo el derecho a salvaguardarse en el puerto seguro según la metáfora descrita anteriormente en nuestro estudio¹⁸⁰.

¹⁷⁴ Véase a R. Petruso, quien, comentando el fallo de la Corte de Casación francesa, en el caso Google France y Google Inc., v. Louis Vuitton Malletier S.A., del año 2010, (C-236/08) subraya el papel activo de Google en la preparación del mensaje comercial que acompañaba al enlace publicitario que infringía el derecho de propiedad industrial de Louis Vuitton, o en la determinación y selección de palabras claves, lo que le confería conocimiento y control del contenido almacenado, en los siguientes términos: “L’ineroperatività delle deroghe in materia di responsabilità, al contrario, secondo la Corte, si potrebbe radicare solo ove l’apporto del motore di ricerca fosse di altro tipo. La situazione si revescerebbe, infatti, laddove fosse riscontrabile un ruolo attivo nella redazione del messaggio commerciale che accompagna il link pubblicitario o nella determinazione in ella selezione delle parole chiave: questi ultimi servizi conferirebbero, infatti, la conoscenza ed il controllo dei dati memorizzati”. PETRUSO, Rosario. (2012). Fatto illecito degli intermediari tecnici della rete e diritto d’autore: un’indagine di diritto comparato. *Revista Europa e Diritto Privato* (4): p. 1187.

¹⁷⁵ Forma de publicidad en Internet que consiste en incluir una pieza publicitaria gráfica de una página web.

¹⁷⁶ Expresión referida a las ventanas emergentes.

¹⁷⁷ Loc. referida a la publicidad que aparece de manera previa al inicio del contenido de un video.

¹⁷⁸ Loc. referida a la publicidad que aparece durante la ejecución de un video.

¹⁷⁹ En el mismo sentido, DE MIGUEL ASENSIO, Pedro. (2015). *Derechos de propiedad intelectual. Estudios y comentarios legislativos. Derecho Privado de Internet*. Madrid, Editorial Aranzadi, passim.

¹⁸⁰ Véase en la página 61 y ss.

De la mano de la centralización o combinación de la intermediación, los nuevos modelos de negocios en Internet han impactado en el ámbito de los derechos de autor sobre la copia privada, al alero del desarrollo de mecanismos como el «cloud computing» y los servicios de «streaming»¹⁸¹, que además de ser nuevas tecnologías, representan además, modelos de negocios desconocidos para el legislador de la DMCA.

No es clara la permanencia de las plataformas que posibilitan la computación en nube o la transmisión de contenidos vía streaming dentro de los márgenes delimitados por el modelo regulatorio de la DMCA y que, en definitiva, amparan el estándar del safe harbor¹⁸², menos respecto de aquellas que albergan sistemas complejos de intermediación de contenidos como en el caso de los sistemas «embedding streaming», que permiten la vinculación de los contenidos transmitidos en línea, a través de un vínculo incrustado en un sitio web, llevando al usuario el contenido vinculado en el sitio web en el que hace clic, de forma opuesta a aquella en que funcionan los links tradicionales que llevan al usuario a la fuente original¹⁸³.

¹⁸¹ En el ámbito norteamericano, algunos abogan por un sistema de impuestos de uso no comercial de las obras protegidas por derechos de autor y que son transmitidas vía streaming siempre que el creador derivado identifique claramente el trabajo subyacente e indique que ha sido modificado, a cambio de un gravamen. Véase en PEUKERT, Alexander. (2012). A bipolar copyright system for the digital network environment. En: Peer-to-peer file sharing and secondary liability in copyright law, Alain Strowel Edit., Op. cit. p. 156.

Por su parte, el Parlamento Europeo ha sostenido: “(...) a pesar de existir ciertas posibilidades de acceso en tiempo real a las obras, se mantienen las prácticas de la descarga de contenidos, del almacenamiento y de la copia privada; (...) por ello, (...) un sistema de canon por copia privada sigue siendo pertinente en la red; no obstante, (...) siempre debe darse preferencia a los modelos de concesión de licencias que benefician a todos los titulares de derechos si no se permite ninguna copia de las obras protegidas por derechos de autor en ningún soporte ni dispositivo”. Parlamento Europeo. (2014). Informe sobre los cánones por copia privada. Comisión de Asuntos Jurídicos, de 17 de febrero de 2014, p. 9.

¹⁸² En nuestro medio, la actividad del streaming sólo ha sido perseguida desde la perspectiva penal (como una comunicación al público en términos del artículo 5 letra v) de la LPI, en casos como Cuevana, plataforma que ofrecía a través de su sitio web la posibilidad de ver películas y series de televisión, mediante su reproducción vía streaming. La causa llevada contra el administrador del sitio web en Chile, ante el Primer Juzgado de Garantía de Santiago (RIT N° 1091-2012) terminó el 8 de mayo de 2012, con suspensión condicional del procedimiento, sin que la citada judicatura definiera criterios normativos de responsabilidad de dicha actividad de intermediación de contenidos. En el mismo sentido, véase a GRUNEWALDT CABRERA, Andrés. (2013). Delitos contra los derechos de autor en Chile. Revista Chilena de Derecho y Tecnología (2-2): p. 116.

¹⁸³ CERDA SILVA, Alberto. (2014). Op. cit., p. 129.

En la práctica tecnológica antes descrita, el usuario de Internet incrusta el link que la fuente original provee, a través de un vínculo puesto a disposición de los internautas, de donde resulta complejo determinar la elegibilidad del intermediario de contenidos digitales que posibilita la infracción y difusión de material no autorizado, a través de este mecanismo de distribución, dentro de los márgenes de la Sección 512 de la DMCA.

Lo anterior no es baladí, si se tiene presente que la vinculación constituye una pieza fundamental en el moderno lenguaje digital, facilitando la navegación en la infinita extensión de Internet.

Al respecto, los tribunales estadounidenses han distinguido recientemente entre la actividad de hipervinculación (que se encuentra salvaguardada dentro del safe harbor por la DMCA) de la de «vinculación en línea» o «inserción de contenido», en términos de que la primera, dice relación con la indicación a los usuarios acerca de cómo llegar a otro sitio web en Internet¹⁸⁴, mientras que la segunda, trata del contenido de terceros alojado en el sitio web del usuario.

En dicho contexto, en el año 2007, el Noveno Circuito norteamericano consideró que Google no infringía los derechos de autor de Perfect, en la medida en que aquel solo proporcionaba instrucciones HTML de dirección del navegador de un usuario a la computadora del editor del sitio web que almacenaba las imágenes que Perfect tenía derecho a mostrar¹⁸⁵, sin generar copias en su propia computadora (la de Google).

El citado fallo permitía reforzar la no responsabilidad de los motores de búsqueda de la DMCA, protegiendo la actividad desarrollada por estos intermediarios que muestran imágenes en miniatura a través de enlaces en línea.

Cinco años después del fallo del Noveno Circuito, el Séptimo Circuito consideró que los intermediarios de referenciación incurrieran en una «mala acción», permitiendo a los

¹⁸⁴«(...) hyperlinking does not itself involve a violation of the Copyright Act (...) since no copying is involved». Véase en Ticketmaster Corp. v. Tickets.Com, Inc., No. CV 99-7654, (2000). Véase, además, en Perfect 10 v. Google, Inc., 416 F. Supp. 2d 828, 838 n.9 (C.D. Cal. 2006).

¹⁸⁵ Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146, 1160 (9th Cir. 2007).

usuarios compartir videos alojados en otros sitios en línea a través de marcos incrustados, empero, no se llegó a discutir el tema de la responsabilidad de la actividad de intermediación por infracción a los derechos de autor¹⁸⁶.

Al tiempo de la Ley de Derechos de Autor en el año 1976, las expresiones «tweet», «viral» e «incrustar», aducían las ideas de «pájaro», «enfermedad» y «reportero», respectivamente. Estas fueron las líneas de apertura de un fallo estadounidense del año 2018¹⁸⁷, que resultan sumamente ilustrativas de la evolución de las prácticas digitales actuales que tensionan el rol de los intermediarios de la DMCA.

El fallo, además, expresa que, sin perjuicio de la generación o no de copias, la actividad de incrustación de una fotografía twitteada sin autorización constituye una infracción a los derechos de autor del propietario de la fotografía¹⁸⁸.

En el caso sublite, el titular había tomado una fotografía que alojó en su propio Snapchat. Dicha fotografía se volvió viral rápidamente y comenzó a difundirse a través de varios tweets. Los intermediarios demandados, citaron la jurisprudencia de Perfect del 2007, señalando que su actividad se restringió a proporcionar instrucciones para que los usuarios navegaran al servidor de un tercero en el que la fotografía se encontraba alojada, sin embargo, el tribunal puntualizó que la autorización para mostrar material protegido con derechos de autor constituye siempre un requisito de legalidad de la actividad desarrollada¹⁸⁹.

A su vez, los nuevos modelos de negocios tales como las plataformas «on demand», es decir, aquellas que ponen a disposición de los usuarios contenidos bajo demanda o «a la carta», de manera que pueden acceder a dichos contenidos en el lugar y momento que elijan, alientan la incertidumbre sobre el rol de los intermediarios que alojan contenidos a través del

¹⁸⁶ Flava Works, Inc. v. Gunter, 689 F.3d 754 (7th Cir. 2012).

¹⁸⁷ Goldman v. Breitbart News Network, LLC, No. 17-CV-3144 (KBF), 2018 WL 911340, at *1 (S.D.N.Y. Feb. 15, 2018).

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

referido mecanismo, sirviendo de aliciente para la manipulación de los privilegios de responsabilidad del safe harbor¹⁹⁰.

Por su parte, el fenómeno del cloud computing fue enfrentado por los tribunales norteamericanos a partir del caso MP3tunes en el año 2009¹⁹¹, determinando que dichos sistemas de intermediación se benefician de los privilegios del safe harbor, en la medida en que no interfieran con la puesta a disposición de terceros de los contenidos infractores y que cumplan con las condiciones impuestas por la DMCA, en la especie, con el deber de eliminar o remover de manera expedita el material infractor. En el mismo sentido se pronunció la Corte Distrital del Estado de New York en el año 2011, cuando Emi Music Group demandó a MP3tunes. En estos casos, la judicatura ha debido desentrañar la satisfacción de la condición de remoción expedita del mecanismo del NTD cuando el intermediario remueve los enlaces de los contenidos infractores o el material mismo, inclinándose por esta última alternativa¹⁹².

Cabe apuntar que la tecnología del cloud computing ha venido a transformar el elemento de la reproducción del contenido protegido por derechos de autor, en la medida en que ya no resulta necesaria una copia tangible para reproducir el material, sino que la computación en nube permite la reproducción de una obra en el disco duro de un computador, de un móvil o en un disco duro invisible como copia invisible.

Ahora bien, la determinación de la elegibilidad de las plataformas cloud computing para beneficiarse del safe harbor del modelo regulatorio de la DMCA, no termina el debate. Así, no existe certeza sobre la responsabilidad que recae en esta forma de intermediación cuando se trata de servicios privados en la nube, dada la dificultad para los titulares de

¹⁹⁰ Global Music Report 2018, Op. cit. p. 26.

¹⁹¹ Capitol Records, Inc. v. MP3Tunes, LLC, Expediente No. 07-9931 (S.D.N.Y. 13 de agosto de 2009).

¹⁹² Véase en ARISTIZABAL VELÁSQUEZ, David. (2012). Luces y sombras de las nuevas tendencias de la regulación de contenidos informáticos en los Estados Unidos de Norteamérica. Revista CES Derecho (3-1): p. 75.

derechos de autor en la identificación de la infracción a sus derechos y a la ineficacia de las notificaciones del sistema del NTD.

De máxima relevancia es destacar que la extensión del safe harbor a la intermediación de contenidos a través de nubes contraviene uno de los fines del modelo regulatorio de intermediación de la DMCA, cual es de la tutela cooperativa en el marco de los derechos de autor en el entorno digital, a través de la remoción del contenido infractor al que apunta el mecanismo del NTD; simplemente porque no surte efectos en los servicios de nube¹⁹³.

3. Modelo regulatorio de la DCE

La protección de la propiedad intelectual en Internet en el escenario europeo afianza sus alcances normativos a partir de la Directiva 2000/31 de Comercio Electrónico («DCE») implementada en los países de la Unión a través de leyes nacionales (v.gr. España a través de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico del año 2002)¹⁹⁴.

¹⁹³ «If the DMCA was the law that “saved the Web”, then it was likely a temporary grace. The DMCA’s regulatory-like specificity and complexity will become increasingly dated in the face of innovation online. Extending safe harbor immunity to private cloud services already contravenes the DMCA’s goal of combating infringement because the DMCA’s one cooperative anti-infringement mechanism—notice and takedown—has no effect on private cloud services. Revising the DMCA to allow safe harbor rulemaking would inject flexibility into its regulatory scheme and create avenues for copyright holders to develop new cooperative anti-infringement measures specifically adapted to previously unforeseen technologies, like private cloud services». LEARY, Brian. (2012). Safe harbor startups: liability rulemaking under the DMCA. *New York University Law Review* (87-4): p. 1171.

¹⁹⁴ La DCE ha sido implementada en Austria (Ley 152/2001 de 21 Diciembre 2001), Bélgica (Leyes de 11 de marzo de 2003), Dinamarca (Ley 227/2002 de 22 abril 2002), Finlandia (Ley 458/2002 de 5 junio 2002), Francia (Ley 719/2000 de 1 agosto 2000 y Ley 575/2004 de 21 junio 2004), Grecia (Decreto 131/2003 de 16 mayo 2003), Islandia (Ley 30/2002 de 16 abril 2002), Irlanda (Reglamento 68/2003 de 24 febrero 2003), Italia (Decreto 70/2003 de 9 abril 2003), Luxemburgo (Ley de 14 agosto 2000), Noruega (Ley de 23 mayo 2003 y Ley de 20 febrero 2004), Portugal (Decreto 7/2004 de 7 enero 2004), España (Ley 24/2002 de 11 julio 2002, LSSICE), Suecia (Ley de 6 junio 2002), el Reino Unido (Reglamento 2013/2002 de 21 agosto 2002) y Holanda (Ley de mayo 2004, que implementa la DCE, a través de modificaciones puntuales de diversas leyes y reglamentos).

Al igual que el modelo regulatorio de intermediación de la DMCA, la DCE establece condiciones de puerto seguro, así como la no obligación de monitorear o supervisar los contenidos generados por terceros (artículo 15.1).

Sin embargo, existe una diferencia sustancial entre ambos modelos regulatorios, de acuerdo a la extensión del ámbito dentro del cual se determina el rol de los intermediarios de Internet. Así las cosas, según tuvimos oportunidad de precisar, el modelo de la DMCA se circunscribe al campo de la propiedad intelectual en Internet (sistema vertical), en cambio, el modelo europeo aplica en su normativa el principio de horizontabilidad.

Con el calificativo de horizontal nos referimos a la aplicación del régimen de responsabilidad de los intermediarios de Internet por actividades ilícitas de sus usuarios, no solo relativas a la lesión de los derechos de autor, sino que extensiva a la vulneración de otros derechos. El anterior es el modelo que prima en España¹⁹⁵. Esto se debe a la intención de evitar el entorpecimiento del correcto funcionamiento del mercado interior al obstaculizar el desarrollo de servicios transfronterizos y la producción de distorsiones en la competencia¹⁹⁶.

En cuanto a la técnica legislativa, la DCE también establece un régimen de no-responsabilidad/condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos según la funcionalidad de la intermediación, distinguiendo entre prestadores de servicios de mera transmisión de datos y provisión de acceso a Internet; almacenamiento de datos en memoria caché y almacenamiento de información provista por el usuario o hosting (artículos 12, 13 y 14, respectivamente), de la manera que sigue:

i. En el marco de los servicios de mera transmisión, al igual que la DMCA, la DCE exenciona de responsabilidad al intermediario en la medida en que no origine la transmisión; no seleccione al destinatario ni seleccione o modifique los datos transmitidos.

¹⁹⁵ XALABARDER PLANTADA, Raquel. (2006). La responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios. *Revista de Internet, Derecho y Política* (2): p. 2.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

Lo anterior no obsta a que un tribunal, de acuerdo con la normativa nacional exija al intermediario que ponga fin a la infracción o que la impida.

ii. Luego, en lo que a los intermediario de caché respecta, la DCE establece que no son responsables a condición de que no modifiquen la información transmitida; cumplan con las condiciones de acceso a la información, así como con las normas relativas a la actualización de dicha información, especificadas de manera ampliamente reconocida y utilizada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información y actúen con prontitud en la remoción del contenido que hayan almacenado o hagan imposible el acceso a él, en cuanto tengan conocimiento efectivo del hecho de que la información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba originalmente, de que se ha imposibilitado su acceso o de que un tribunal o autoridad administrativa ha ordenado retirarlo o impedir el acceso a él.

iii. Finalmente, en cuanto a la intermediación de host, la DCE prevé la irresponsabilidad del prestador a condición de que no tenga conocimiento efectivo de que la actividad desplegada por el usuario o la información almacenada, son ilícitas. Con todo, aun cuando el intermediario tenga conocimiento de tales circunstancias, la DCE establece que se exime de responsabilidad si actúa con la debida diligencia en el retiro los datos o haciendo imposible el acceso a ellos. De igual forma, se deja a salvo la posibilidad de que un tribunal o autoridad administrativa exija al intermediario que ponga fin a la infracción o que la impida, así como también la posibilidad de que los Estados miembros establezcan procedimientos de retirada de datos o de impedimento del acceso a ellos.

Cabe apuntar una característica deficitaria de origen en la implementación del modelo regulatorio de intermediación de la DCE, al omitir referencia alguna a los intermediarios de búsqueda o localización de contenidos¹⁹⁷.

¹⁹⁷ PIÑEIRO UGARTE, Lorena. (2004). Op. cit., p. 182.

El establecimiento de normas bajo el pecado de la generalidad, conlleva necesariamente al camino de la falta de armonización en las legislaciones nacionales que implementan la DCE¹⁹⁸.

3.1 Implementación del modelo de la DCE en los Estados miembros. Justificación

Dado el carácter comunitario de la DCE, el modelo regulatorio de intermediación que contiene, requiere de implementación en el marco de las legislaciones nacionales de los Estados miembros.

De allí que la tesis doctoral aborde, de manera transversal, ejemplos de implementación del modelo europeo clásico (aquel proveniente de la DCE), a fin de introducir argumentación ejemplar en la que se apoya la hipótesis del presente estudio, sin perjuicio de algunas menciones generales que puedan integrarse al estudio a modo de ejemplificación de una premisa argumentativa particular.

A nivel teórico, la primera relación posible entre la actividad y cargas de los intermediarios de Internet y la propiedad intelectual en el entorno digital, consiste en un modelo de intervención judicial en donde el restablecimiento del imperio del derecho de autor infringido, recaiga exclusivamente en manos de la judicatura (como en el caso chileno). La segunda relación posible consiste en un modelo de nula intervención judicial, en donde, prima facie, las medidas de restablecimiento del derecho de autor infringido estén sujetas a las cargas de retiro del contenido infractor por parte de entes privados (como en el sistema del NTD). Una tercera posible relación, consiste un modelo híbrido en donde no exista un

¹⁹⁸ «Así, con matices, países como Austria, España y Portugal integraron a los motores de búsqueda y proveedores de enlaces en sus leyes, mientras otros como Alemania, Bélgica, Francia y Holanda llegaron antes a soluciones judiciales dispares. El desafío a nivel judicial ha sido creciente, atendida la fecha de adopción de la DCE y el desarrollo cronológicamente posterior de servicios en que los propios usuarios ponen a disposición o enlazan material infractor, sin que exista uniformidad jurisprudencial». LARA, Juan Carlos y VERA, Francisco. (2013). Responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet. *Revista Derechos Digitales* (3): pp. 9 y 10.

procedimiento de NTD, pero tampoco una enérgica intervención judicial, sino que una intervención administrativa.

En el marco de la implementación, por regla general, el estándar europeo se materializa esencialmente en un sistema híbrido de protección administrativa con un reducido alcance de intervención judicial. A modo ejemplar, puede analizarse la forma en que se materializa la implementación de la DCE en el caso español, francés y del Reino Unido, según se expresará a continuación.

i. En España, la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual en Internet constituyó el objeto de la denominada Ley Sinde (Ley 2/2011 de Economía Sostenible), en cuya virtud se creó la Comisión de Propiedad Intelectual, como un órgano administrativo colegiado de ámbito nacional para el ejercicio de las funciones de mediación y arbitraje y de protección de los derechos de propiedad intelectual tutelados en la misma ley.

La Sección de Salvaguarda de la Comisión de Propiedad Intelectual puede adoptar las medidas de interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o de retiro de los contenidos que vulneren los derechos de autor, siempre que el intermediario actúe directa o indirectamente, con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial al titular del derecho.

Cabe destacar que la finalidad del procedimiento administrativo de salvaguarda tiene como objeto el restablecimiento de la legalidad en Internet por infracción a la propiedad intelectual. No existen, por tanto, finalidades punitivas ni resarcitorias¹⁹⁹.

¹⁹⁹ En efecto, tal y como ha declarado el Tribunal Supremo español, el objetivo perseguido con la tutela administrativa que ejerce la sección segunda de la CPI, es la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de los servicios de la sociedad de la información y su función respecto de las medidas de interrupción de la prestación y de retirada de contenidos, se limita a determinar su necesidad y a declarar su adopción, dado que su ejecución precisa autorización judicial. Red de Empresas de Internet v. Administración General del Estado, Tribunal Supremo, 31 de mayo de 2013 (procedimiento contencioso administrativo), Recurso N° 185/2012.

ii. En Francia, por su parte, la Ley de Promoción de la Distribución de Obras Creativas y la Protección de los Derechos en Internet o «Ley Hadopi» del año 2009²⁰⁰, creó un organismo denominado de igual forma²⁰¹, encargado de administrar el mecanismo de los tres pasos o tres strikes, que implica que un usuario que utiliza contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual, sin autorización del titular, tiene tres oportunidades antes de ser sancionado. En el citado contexto, el intermediario de conexión a Internet se encuentra autorizado para monitorear su conexión, sin perjuicio de que Hadopi puede ejercer la facultad de enviar los antecedentes al juez penal, si la infracción a la propiedad intelectual continúa dentro del año siguiente a la recepción de la segunda advertencia.

iii. El 29 de marzo de 2017, el Reino Unido notificó su intención de retirarse de la Unión en virtud del artículo 50 del Tratado de la UE. Esto significa que, todo el Derecho primario y el Derecho derivado de la UE dejó de aplicarse al Reino Unido a partir del 31 de enero de 2020 a las 00.00 horas CET (la «fecha de retirada»). En ese momento, el Reino Unido pasó a ser un «tercer país»²⁰².

Realizada la prevención que antecede, es necesario señalar que en el Reino Unido existe un procedimiento de notificación y retiro de contenido infractor de derechos de autor (aun en ausencia de dicha reglamentación en el modelo de la DCE), originado en el marco de la corregulación entre los intermediarios y el gobierno²⁰³.

El rol de los intermediarios de contenidos digitales en el Reino Unido está definido en la Digital Economy Act del año 2010, en virtud de la cual los prestadores de servicio de

²⁰⁰ Esta Ley fue declarada inconstitucional por el Consejo Constitucional en razón de que violaba la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en especial, la presunción de inocencia. Sin embargo, se presentó un proyecto modificado, que fue aprobado por el Consejo Constitucional, bajo la condición de que la cancelación de una cuenta de acceso a Internet de un suscriptor infractor estuviera sujeta a revisión judicial.

²⁰¹ La Alta Autoridad para la Difusión de las Obras y la Protección de los Derechos en Internet (Hadopi) es una autoridad pública independiente con personalidad jurídica, creada por la ley del 12 de junio de 2009.

²⁰² Entiéndase por tercer aquel que no sea miembro de la Unión Europea. Sobre los efectos en materia de propiedad intelectual de la retirada del Reino Unido de la Comunidad Europea, véase a DE MIGUEL ASENSIO, Pedro. (2018). Implicaciones del Brexit sobre los derechos de propiedad industrial e intelectual: estado de la cuestión. *La Ley Unión Europea* (6): 1-9.

²⁰³ Sin perjuicio de lo señalado hasta aquí, cabe precisar que Finlandia y Hungría han implementado procesos de detección y retirada propuestos por la DMCA.

Internet están obligados a notificar a los usuarios los informes de infracción de los derechos de autor (sección 3, artículo 124A). De igual forma, la citada normativa prevé la obligación de los intermediarios de proporcionar listas de infracción a los titulares de derechos de autor, si el titular solicita dicha lista (sección 4, artículo 124B).

El sistema de notificación dispuesto por la Digital Economy Act se basa en un informe que puede ser enviado por el titular de derecho de autor al intermediario de Internet. Una vez que el intermediario recibe el informe, debe notificar al supuesto infractor. Esta ley prevé la desconexión de los usuarios que descarguen de forma continua contenidos protegidos por derechos de autor. Primero se realiza una serie de avisos (de forma similar al mecanismo francés) para luego cortar la conexión a Internet e incluso multas que pueden llegar hasta 56.000 €.

En sentido contrario a lo dispuesto por el artículo 15 de la DCE que dispone la proscripción de la imposición de deberes de monitoreo a los intermediarios, la Digital Economy Act, contempla el deber de vigilancia respecto de las actividades de los usuarios de Internet, a fin de detectar la descarga de contenidos protegidos, dando aviso al titular de derechos de autor en caso de que dicho ejercicio arroje resultados positivos²⁰⁴.

Los criterios que propiciaron la introducción de estas normas apuntaban a la implementación de mecanismos tendentes a hacer posible la limitación o supresión de la prestación de servicios de acceso a Internet a los clientes de las empresas proveedoras de acceso que infrinjan derechos de propiedad intelectual, al tiempo que contemplan también la

²⁰⁴ En *Twentieth Century Fox Film Corp. v. British Telecommunications PLC*, High Court of Justice Britannic (Chancery Division) de 28 de julio de 2011, el tribunal británico falló a favor de los seis principales estudios cinematográficos de los EEUU (Twentieth Century, Universal, Warner Bros, Paramount, Disney y Columbia Picture) imponiendo al proveedor de acceso a Internet más importante en el Reino Unido (BT Plc) medidas de bloqueo a todas las direcciones IP y URLs desde las que se podía acceder a los sitios webs en los que se vulneraban los derechos de autor de los estudios cinematográficos.

posibilidad de que los tribunales adopten medidas para bloquear sitios de Internet a través de los que se infringen tales derechos²⁰⁵.

3.2 Críticas al modelo de la DCE

a) Deficiencias del estándar del modelo de la DCE

Al igual que en el caso de la DMCA, los fines de tutela cooperativa y de equilibrio de los intereses en juego, determinarán la adecuación del modelo regulatorio de intermediación de la DCE.

Ya decíamos que el modelo de la DCE, al igual que el norteamericano, sujeta la liberación de responsabilidad del intermediario al cumplimiento de las condiciones establecidas en su normativa.

Los tribunales europeos han entendido que «(...) esa actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada»²⁰⁶, de donde aparece la justificación del puerto seguro.

En atención a las disposiciones expresas de la DCE, la no-responsabilidad/condicionada de los intermediarios de contenidos digitales, está sujeta a que éstos actúen con prontitud en la remoción de datos de que se trate o impidan el acceso a ellos. Con todo, una nota distintiva de la DCE para con la DMCA es que la primera no establece el procedimiento de notificación y retiro y entrega a los Estados miembros la facultad de elaborar códigos de conducta, a través de asociaciones u organizaciones comerciales,

²⁰⁵ MUÑOZ MACHADO, Santiago. (2018). Plagiadores, piratas y otros depredadores de la propiedad intelectual. *En*: Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Pareja Algonso, Marcos Vaque Caballería Coord. Madrid, Editorial Tirat lo Blanch, p. 190.

²⁰⁶ Tribunal Supremo español, Sala civil, N° 773/2009, de 9 de diciembre de 2009. En el mismo sentido, Tobias Mc Fadden v. Sony Music Entertainment Germany BmbH, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 15 de septiembre de 2016, Sentencia C-484-14.

profesionales o de consumidores, con el fin de contribuir a la protección de la propiedad intelectual en plataformas digitales.

Vistas pragmáticamente, las normas comprendidas en el modelo regulatorio de la DCE, como directrices generales para los Estados miembros, éstas no satisfacen la descripción del contenido del aviso de infracción a los derechos de autor que reciben los intermediarios; descripción necesaria para que los intermediarios actúen, en consecuencia, retirando o removiendo el material infractor²⁰⁷, así como tampoco exige la identificación de los infractores para su posterior persecución²⁰⁸.

Aun con mayor razón que en el modelo regulatorio de la DMCA –que sí describe los requisitos de contenido de la notificación de infracción al copyright–, la DCE alienta la remoción sistemática de contenidos digitales por parte de los intermediarios de Internet, en la medida en que deja a salvo su responsabilidad en caso de que no eliminen inmediatamente el material ilícito identificado en el aviso, empero, como no existe certeza sobre la suficiencia de la denuncia contenida en dicho aviso, tampoco hay certeza sobre los límites discrecionales de los intermediarios para adoptar medidas de retiro de contenido supuestamente infractor.

A mayor abundamiento, el modelo regulatorio de la DCE no se hace cargo de las externalidades producidas por los falsos positivos en la remoción de contenidos digitales²⁰⁹.

²⁰⁷ En el mismo sentido, véase a JULIÁ BARCELÓ, Rosa. (2000). La responsabilidad de los intermediarios de Internet en la Directiva de Comercio Electrónico: problemas no resueltos. *Revista de Contratación Electrónica* (6): p. 3.

²⁰⁸ Sin perjuicio de lo señalado, la Directiva 2004/48/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, consigna el derecho de los titulares de derechos de autor de solicitar, a instancia judicial, información relativa al origen y redes de distribución de las mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual. Con todo, la precitada obligación es débil para los Estados miembros. Comparte nuestra opinión LARA, Juan Carlos y VERA, Francisco. (2013)., Op. cit. p. 9.

²⁰⁹ Al respecto, véase en GARCÍA CABEZAS, Sandra. (2000). La responsabilidad de los proveedores de servicios: consecuencias de la ausencia de regulación del sistema de notificación y retirada en la Directiva de Comercio Electrónico [en línea] Disponible en <http://www.uaipit.com/uploads/publicaciones/files/0000001981_SandraGarciaCabezas.pdf> [consulta: 28 octubre de 2018].

Sobre lo que sí existe certeza es que el aviso del supuesto titular de derechos de autor constituye la fuente de conocimiento efectivo requerido por la DCE para que comience el descuento en el campo de la responsabilidad de los intermediarios de contenidos digitales²¹⁰.

A su vez, el considerando 48 de la DCE deja a salvo la posibilidad de que los Estados miembros exijan a los prestadores de servicios que proporcionan alojamiento de datos, que apliquen el deber de diligencia que cabe esperar razonablemente de ellos y que esté especificado en el Derecho nacional, a fin de detectar y prevenir determinados tipos de actividades ilegales.

Una implicación de lo anterior es la ampliación de las fuentes de conocimiento efectivo a partir del cual se devenga la responsabilidad de los intermediarios, considerando que es posible que las legislaciones nacionales impongan a dichos intermediarios de contenidos digitales, la obligación de implementar técnicas de filtraje, a partir del cual puede imputárseles conocimiento efectivo²¹¹.

Por su parte, el considerando 40 de la DCE insta a la aplicación de mecanismos rápidos y fiables que permitan retirar la información ilícita y hacer imposible el acceso a ella; agregando que convendría que estos mecanismos se elaborasen tomando como base acuerdos voluntarios negociados entre todas las partes implicadas y fomentadas por los Estados miembros, como manifestación de los fines de tutela cooperativa y equilibrio en el diseño de la Directiva.

Ahora bien, el modelo regulatorio de la DCE fue establecido en términos horizontales (a diferencia del modelo de la DMCA), estableciendo un régimen de no-

²¹⁰ El Tribunal de Primera Instancia de La Haya, consideró que el prestador de servicios es responsable si es notificado de la existencia de algún contenido ilícito en sus servidores por terceras personas y no corta el acceso al mismo. Véase en *Scientology v. Xs4ALL*, Tribunal de Primera Instancia De la Haya, 9 de Junio 1999. *Revista Informatierecht/AMI*, 1999, p. 112.

²¹¹ JULIÁ BARCELÓ, Rosa. (2000)., *Op. cit.* p. 4.

responsabilidad/condicional en beneficio de los intermediarios de Internet, respecto de la infracción de cualquier derecho y no sólo respecto de la vulneración de derechos de autor²¹².

El estándar híbrido europeo ha sido objeto de críticas a raíz de su mal adaptación al intercambio cultural transfronterizo que ofrece Internet. Dicho defecto de adaptación se configura principalmente en torno a la falta de armonización de la legislación protectora de la propiedad intelectual en el espacio digital en los diversos países de la UE, así como en los márgenes en que dicha protección trastoca los derechos fundamentales de los usuarios²¹³.

b) El modelo de la DCE como respuesta temprana

Lógicamente los desafíos impuestos por las prácticas y las nuevas formas de creación y difusión de obras protegidas por derechos de autor en el marco europeo, son los mismos a los cuales se enfrenta el estándar de protección de la propiedad intelectual de la DMCA. Sin embargo, el punto de partida es esencialmente diferente, puesto que la resolución legislativa de la tutela de los derechos de autor adhiere a criterios diversos, por lo que el enforcement de la propiedad intelectual nace y se encamina hacia un terreno distinto: la protección administrativa es sintomática de aquello. Por otra parte, el carácter anacrónico del modelo regulatorio de la DCE ha sido, en gran medida, reconocido por el parlamento europeo, según veremos en el apartado siguiente.

En el mismo orden de ideas, la literatura especializada ha puntualizado la importancia de la centralización de funciones de intermediación, al referirse a empresas que originalmente proveían el servicio de acceso a Internet, para luego adicionar el servicio de almacenaje de

²¹² Sobre la horizontalidad de la DCE, véase a CARBAJO CASCÓN, Fernando. (2014). Delimitación de la responsabilidad de los servicios de intermediación de la sociedad de la información. *Revista Iustitia* (12): p. 259.

²¹³ Véase en REDA, Julia. (2015). Draft Report on the implementation of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. WIPO Workshop Keynote Paper, p. 6.

contenido, inclinándose por bloquear contenidos más allá de las autorizaciones legales para ello, tal y como ocurre en el Reino Unido a partir del año 2004, bajo el auspicio de la IWF²¹⁴.

Con todo, algunas cuestiones relativas a la transformación de la intermediación en Internet han sido debatidas en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante «TJUE»), especialmente cuando se trata de determinar la categorización de los intermediarios a partir de la nomenclatura utilizada por la DCE²¹⁵, por ejemplo, a propósito de las plataformas «marketplace» que permiten transacciones entre particulares, a través de su servicio que alberga datos. Su objetivo es servir de punto de encuentro entre la oferta y la demanda²¹⁶.

Estas plataformas, como eBay o Airbnb prestan servicios de intermediación de alojamiento de datos o contenidos, por lo que en el escenario europeo se ha venido discutiendo su categorización como prestadores de servicio de host en los términos definidos por la DCE a efectos de valerse del puerto seguro que al efecto establece la normativa comunitaria²¹⁷.

Es claro que la gran gama de actividades que realizan estas plataformas deniega su categorización invariable dentro del puerto seguro del artículo 14 de la DCE, especialmente cuando despliegan acciones que hacen dudosa su calidad de agente pasivo en el tratamiento de los datos facilitados por los usuarios. La actuación deja de considerarse pasiva cuando la plataforma optimiza la presentación de las ofertas de venta, cuando las promueve publicitándolas o cuando realiza un tratamiento de los datos alojados (v.gr. plataformas que comparan precios de hoteles o paquetes turísticos como Tripadvisor.cl y Hotelhunter.com).

²¹⁴ KYPROULI, Nandia. (2016). Las tensiones actuales de la propiedad intelectual en el marco de la Unión Europea. En: Tensiones entre la propiedad intelectual y la propiedad ordinaria, Luis Anguita Coord. Madrid, Editorial Reus, p. 167.

²¹⁵ Consúltense en DE LAS HERAS BALLELL, Teresa. (2006). El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (e-Marketplaces). Madrid, Editorial Marcial Pons.

²¹⁶ BONADIO, Enrico. (2012). Trade marks in online marketplaces: the CJEU's stance in L'Oreal v. eBay. *Computer and Telecommunications Law Review* (18-2): 37-41.

²¹⁷ Véase en DÍAZ GÓMEZ, María. (2017). Reflexiones en torno a la responsabilidad de las plataformas electrónicas de economía colaborativa. *Revista de Estudios Europeos* (70): 27-68.

Las condiciones de categorización de la intermediación que tuvo a la vista la DCE, fueron consideradas de forma «pura», ajenas a la confusión promovida por nuevas tecnologías y modelos de negocio en Internet, en donde la adjetivación de la intermediación no aparece de manera inequívoca. Así, si su actividad va más allá de la pura puesta a disposición de información o de la puesta en contacto de usuarios y si con ello ordenan o controlan de alguna forma la actividad económica de sus participantes, parece que deben ser tratados como algo distinto que los «intermediarios puros» del modelo regulatorio de la DCE.

Así, se ha especificado que la «(...) evolución de los modelos de negocio basados en el alojamiento de datos de terceros introduce factores que complican la determinación de en qué medida y bajo qué circunstancias es aplicable la exención de responsabilidad prevista en los artículos 14 DCE y 16 LSSI. Cabe señalar que frente a los supuestos típicos de alojamiento al tiempo de elaboración de la DCE, proliferan ahora supuestos en los que el alojamiento se produce en circunstancias muy distintas. Por una parte, ciertos modelos de negocios se basan precisamente en hacer posible la difusión de contenidos que introducen sus usuarios de manera gratuita, teniendo interés directo el prestador del servicio de alojamiento en que se alojen el mayor número de datos y lo más atractivos posibles para otros internautas, pues ello será determinante del volumen de tráfico de su sitio y de la generación de ingresos para el mismo»²¹⁸.

En similar línea de discusión, el escenario europeo se ha planteado la interrogante relativa a la extensión del puerto seguro respecto de una nueva forma de intermediación, cual es, la de los «agregadores de contenido». Se plantea así un debate en relación a la posición que ocupan los agregadores de información en el nuevo contexto tecnológico, comercial e informacional²¹⁹. Nuevamente el criterio de pasividad será central en la determinación de su introducción en el esquema previsto por la DCE y en su régimen de puerto seguro.

²¹⁸ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro. (2015). Derecho privado de Internet. Quinta Edición. Pamplona, Editorial Thomson Reuters, p. 254.

²¹⁹ CARBAJO CASCÓN, Fernando. (2014)., Op. cit. p. 222.

Ante tales circunstancias, no siempre es fácil definir los límites de lo que pueden hacer los intermediarios con el contenido que transmiten o almacenan sin perder la posibilidad de beneficiarse de las exenciones en materia de responsabilidad establecidas en la DCE²²⁰.

4. Modelo regulatorio de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los Derechos de Autor en el Mercado Único Digital

4.1 Ideas preliminares

Durante las últimas décadas el desarrollo de la revolución digital ha ubicado a los actores de Internet en una posición presidida por las exigencias de los principios de pasividad de la red (en lo que dice relación con la selección, edición y/o difusión de los contenidos y selección de destinatarios).

Así, hemos sido testigos de la construcción de estándares de protección de la propiedad intelectual en Internet basados en los dogmas de la imposibilidad fáctica de los intermediarios de monitorear los contenidos que almacenan o transmiten²²¹, así como en el de la conveniencia de no hacerlo en consideración de los derechos de los usuarios (libertad de expresión e información, privacidad y resguardo de datos personales), lo que se encuentra vinculado al principio de neutralidad de la red²²².

²²⁰ En este sentido, Comisión Europea. (2015). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Una estrategia para el Mercado Único Digital en Europa [en línea] Disponible < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=EN>> [consulta: 1 noviembre de 2018].

²²¹ a JIJENA LEIVA Renato. (2002). Internet y Derecho: criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad de los ISP. En: Derecho Informático. Tomo II. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, pp. 94 y 95.

²²² El body of European Regulators for Electronic Communications (en adelante «BORIC»), ha definido el criterio de neutralidad, desde una perspectiva general, señalando que todo tráfico que circula en la red debe ser tratado de forma igualitaria, con prescindencia de su contenido, de la aplicación, del servicio, del dispositivo o de la dirección que lo recibe o envía. BEREC. (2016). BEREC Guidelines on the implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules [en línea] Disponible en

Aquellos fueron los paradigmas sustentados por los diversos sistemas jurídicos que crearon e implementaron los estándares de protección de propiedad intelectual en Internet en los modelos regulatorios de intermediación vigentes.

Las teorías de la responsabilidad secundaria²²³, del riesgo creado²²⁴ y del factor de previsibilidad de los daños ocasionados se han ensayado en pos de la determinación del rol que desempeñan los intermediarios de Internet en el ámbito vulneratorio de la propiedad intelectual por sus usuarios.

Sin embargo, el posicionamiento y la universalidad del estándar de limitación de responsabilidad de los intermediarios de Internet impacta los derechos de los usuarios. El sistema es un incentivo legal para que los intermediarios de Internet intenten evitar responsabilidad removiendo los contenidos más de lo necesario. Aquello ejerce una presión importante sobre las bases del sistema norteamericano y de la comunidad europea y abre la puerta a nuevas discusiones que tensan el equilibrio de intereses en juego.

En este sentido, a partir del año 2016 la Comisión Europea comenzó con la tramitación de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital, cuyo objeto de tutela del sistema propuesto se expande desde la protección de la propiedad intelectual hacia la consecución de un mejor equilibrio entre los derechos e intereses de los autores y otros titulares de derechos, por una parte, y de los usuarios, por la otra, siendo aprobada con fecha 26 de marzo de 2019.

<https://berec.europa.eu/eng/events/berec_events_2019/202-berec-workshop-on-the-update-of-its-net-neutrality-guidelines> [consulta: 13 febrero 2020].

La expresión fue acuñada por primera vez en el año 2003 por parte del profesor de Derecho de la Universidad de Columbia, Tim Wu. Véase en WU, Tim. (2003). Network neutrality, broadband discrimination. *Journal of Telecommunications and High Technology Law* (1-2): 141-149.

²²³ FARIÑAS DÍAZ, José. (2006). La responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet por infracciones al derecho de autor y los derechos conexos. *Revista Propiedad Intelectual* (8-9): 165-201.

²²⁴ YANNOPOULOS, Georgios. (2017). The liability of internet intermediaries and disclosure obligation in Greece. *En: Secondary liability of Internet Service Provider*, Graeme B. Dinwoodie Edit., Oxford, Editorial Springer, pp. 317-338.

4.2 Antecedentes

Dos son los antecedentes de la PDMUD, esto es, i) la «Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules», de 2013, y el «White Paper on a Copyright Policy for Creativity and Innovation in the European Union», publicado en junio de 2014.

La primera de ellas apertura su contenido en alusión a las transformaciones de la realidad digital durante los últimos veinte años, lo que ha mutado la fisonomía de los modelos de negocio en línea²²⁵.

Así, la consulta pública da cuenta de la necesidad de enfocarse en los obstáculos que han venido comprometiendo el debido equilibrio entre los diversos actores de Internet, a fin de evitar el monopolio de éste.

En torno a la sistematización de la respuesta sobre la adecuación del tratamiento a los derechos de autor en el ambiente digital, la consulta hace constar que resulta imperioso mantener el equilibrio entre la protección de la creación, la inversión y el acceso al dominio público²²⁶.

Por su parte, el White Paper on a Copyright Policy for Creativity and Innovation in the European Union, apunta hacia la utilidad del resguardo de la cadena de valor del contenido digital en el establecimiento de medios proporcionales y equilibrados en la búsqueda de la recompensa a los derechos de autor²²⁷.

Ambos instrumentos hacían prever las ansías evolutivas de la comunidad europea, en clave de adecuación de la normativa comunitaria a la realidad digital vigente.

²²⁵ Public Consultation on the review of the EU copyright rules [en línea] Disponible en <https://teknologiateollisuus.fi/sites/default/files/file_attachments/publicconsultationonthereviewoftheecopyri ghtrulesfederationoffinnishtechnologyindustries.pdf> [5 junio de 2020].

²²⁶ *Ibidem*.

²²⁷ European Commission. (2014). White Paper on a Copyright Policy for Creativity and Innovation in the European Union, p. 19.

4.3 Cesión de algunos paradigmas en beneficio de la adecuación

La PMUD abandona dos paradigmas clásicos en la era del Internet:

- i) El de la imposibilidad e inconveniencia de la no supervigilancia de los contenidos que circulan por las redes por parte de los intermediarios de Internet y,
- ii) El de la limitación de responsabilidad de los intermediarios de Internet respecto de las infracciones a la propiedad intelectual cometidas por sus usuarios, al menos de forma parcial.

Lo anterior porque el artículo 13 de la Propuesta de Directiva, epigrafiado «Uso de contenidos protegidos por parte de proveedores de servicios de la sociedad de la información que almacenen y faciliten acceso a grandes cantidades de obras y otras prestaciones cargadas por sus usuarios», establecía en el numeral 1:

«Los proveedores de servicios de la sociedad de la información que almacenen y faciliten acceso público a grandes cantidades de obras u otras prestaciones cargadas por sus usuarios adoptarán, en cooperación con los titulares de derechos, las medidas pertinentes para asegurar el correcto funcionamiento de los acuerdos celebrados con los titulares de derechos para el uso de sus obras u otras prestaciones o para impedir que estén disponibles en sus servicios obras u otras prestaciones identificadas por los titulares de los derechos en cooperación con los proveedores de servicios. Esas medidas, como el uso de técnicas efectivas de reconocimiento de contenidos, serán adecuadas y proporcionadas. Los proveedores de servicios proporcionarán a los titulares de derechos información adecuada sobre el funcionamiento y el despliegue de las medidas, así como, en su caso, información adecuada sobre el reconocimiento y uso de las obras y otras prestaciones».

A pesar de los embates sufridos por la referida Propuesta de Directiva y de las críticas de las que fue objeto el citado artículo 13, el Parlamento Europeo admitió a tramitación el texto propuesto en septiembre de 2018 y, como se dijo con antelación, fue aprobado con fecha 26 de marzo de 2019 (se aprobó por el Consejo el 15 de abril de 2019), abriendo paso

a una normativa distinta, materializada en la Directiva 790 a la cual dedicaremos el siguiente acápite.

La aprobación de la Propuesta implicaba que los Estados miembros contaran con el término de dos años para implementar la PDMUD, modificando su normativa interna en caso que la adaptación lo requiera. Cabe apuntar que, a raíz del retiro del Reino Unido de la Unión, este sistema no implementaría las disposiciones de la Directiva.

La precitada regulación comunitaria se dirigía a imponer deberes de colaboración a los intermediarios de contenidos masivos, so pena de incurrir en responsabilidad, obligándolos a monitorear todo el contenido que se suba a sus plataformas para identificar contenidos infractores a la propiedad intelectual. Lo anterior plantea un cambio de paradigma desde la inexistencia de una obligación de supervigilancia de contenidos hacia un deber de filtrado tecnológico de contenidos.

La misma PDMUD reconocía dentro del título de «Contexto de la Propuesta», que la adecuación del marco normativo europeo en la protección de los derechos de autor en línea, era necesaria y, a su vez, promovida por la realidad digital actual, a la luz de los nuevos desarrollos tecnológicos y la aparición de nuevos modelos de negocio²²⁸.

En suma, la UE, a través de la PDMUD comenzaba el tránsito hacia la modernización de la regulación titular de los derechos digitales, abordando la finalidad del equilibrio de intereses de titulares de derechos de autor e intermediarios de Internet, a través del

²²⁸ «La evolución de las tecnologías digitales ha provocado la aparición de nuevos modelos de negocio y ha reforzado el papel de internet como mercado principal para la distribución y acceso a contenidos protegidos por derechos de autor. En este nuevo marco, los titulares de derechos se enfrentan a dificultades cuando intentan conceder bajo licencia sus derechos y obtener una remuneración por la distribución en línea de sus obras. Esas dificultades podrían poner en peligro el desarrollo de la creatividad europea y la producción de contenidos creativos. Es necesario, por tanto, garantizar que los autores y los titulares de derechos reciban una parte equitativa del valor que se obtiene por la utilización de sus obras y demás prestaciones. En este contexto, la presente propuesta prevé medidas destinadas a mejorar la posición de los titulares de derechos para negociar y ser remunerados por la explotación de sus contenidos por parte de servicios en línea que permiten acceder a contenidos cargados por los usuarios». DMUD. (2019). Comisión Europea, Exposición de Motivos (1) Motivos y objetivos de la propuesta.

reposicionamiento de los intermediarios de cara a la finalidad última de contención de las infracciones a la propiedad intelectual en el ciberespacio.

Y es en este contexto que la PDMUD recogió la noción de «value gap» o brecha de valor, en reconocimiento de que las plataformas de intermediación de contenidos en línea, especialmente aquellas de acceso masivo (v.gr. YouTube), obtienen grandes ganancias de los usuarios, sin retribuir en la misma medida a los titulares de propiedad intelectual por la explotación de sus creaciones²²⁹.

En efecto, la finalidad de equilibrio de intereses, ante el modelo regulatorio de la DCE, requería un ajuste que inclinara la balanza, en forma igualitaria, a fin de contribuir a reducir la brecha existente entre las ganancias de la industria de Internet en comparación con las utilidades económicas de los autores o titulares de derechos.

De allí que la PDMUD abogaba por la instauración de un «mercado de licencias» entre los titulares de propiedad intelectual y los intermediarios, a fin de preservar un equilibrio razonable²³⁰.

En lo que al proceso legislativo respecta, la Comisión Europea celebró varias consultas públicas, según el detalle siguiente²³¹:

a) La consulta sobre la revisión de las normas relativas a los derechos de autor de la UE efectuada entre el 5 de diciembre de 2013 y el 5 de marzo de 2014 proporcionó a la Comisión una visión de conjunto de las opiniones de las partes interesadas sobre esta cuestión, en particular, en relación con las excepciones y limitaciones y con la remuneración de los autores y de los artistas intérpretes o ejecutantes.

²²⁹ U.S. Copyright Office. (2020). Section 512 of Title 17. A report of the register of copyright, p. 62.

²³⁰ «In terms of developments, we are encouraged by the European Parliament's recent approval of the Copyright Directive, to the extent that it recognizes the serious need to rebalance the notice and takedown framework with respect to online content sharing service providers». Tr. at 286:2–7 (Apr. 8, 2019) (Eric Cady, IFTA).

²³¹ PDMUD. (2019). Comisión Europea, Resultados de las evaluaciones ex post, de las consultas con las partes interesadas y de las evaluaciones de impacto, Consultas con las partes interesadas.

b) La consulta pública que se llevó a cabo entre el 24 de septiembre de 2015 y el 6 de enero de 2016 sobre el marco regulador para las plataformas, los intermediarios en línea, los datos y la computación en nube y la economía colaborativa, sirvió para obtener argumentos y puntos de vista de todos los interesados sobre el papel de los intermediarios en la distribución en línea de obras y otras prestaciones.

c) Por último, entre el 23 de marzo de 2016 y el 15 de junio de 2016 se llevó a cabo otra consulta pública en relación al papel de las editoriales en la cadena de valor de los derechos de autor y a la excepción «libertad de panorama»²³². Esa consulta permitió recabar opiniones sobre la posible introducción en la legislación de la UE de un nuevo derecho afín para las editoriales.

Además, entre 2014 y 2016, la Comisión mantuvo conversaciones con las partes interesadas sobre los distintos temas abordados en la propuesta.

A su vez, el legislador europeo reconoce que la adecuación a la finalidad de tutela cooperativa puede ser lograda mediante la imposición al intermediario que presta ciertos servicios de Internet, el deber de implantar tecnologías idóneas y de fomentar la celebración de acuerdos con los titulares de derechos²³³.

4.4 Parcialidad del rol de intermediación recogido por el modelo

Según advertimos en el apartado anterior, la PDMUD cargaba a los intermediarios, a través de su artículo 13, con el deber de adoptar medidas adecuadas y proporcionadas en garantía del funcionamiento de los acuerdos celebrados con los titulares de derechos de autor, así con el deber de impedir que el contenido infractor permanezca en sus redes, lo que

²³² Sobre la libertad de panorama, véase a HERNANDO COLLAZOS, Isabel. (2018). La excepción panorama y el uso comercial de las manifestaciones secundarias de las obras de arte. Aproximación desde la Ley española de Derechos de Autor. *Revista sobre Patrimonio Cultural: Regulación, Propiedad Intelectual e Industrial* (10): 1-53.

²³³ PDMUD. (2019) Comisión Europea, Evaluación de impacto.

ciertamente interesa a la finalidad de tutela colaborativa. Así fue declarado por el legislador europeo²³⁴.

Sin embargo, resulta imperioso precisar que, en este punto, la PDMUD no resultaba aplicable a los intermediarios de Internet en general, sino que se dirigía a los intermediarios que almacenan y dan acceso a grandes cantidades de obras y otras prestaciones cargadas por sus usuarios, v.gr. YouTube.

En tal sentido, el considerando 28 de la DMUD establecía respecto de los intermediarios que almacenan y facilitan el acceso público a obras u otras prestaciones protegidas por derechos de autor cargadas por sus usuarios, que dicha actividad no se limita a la mera puesta a disposición de instalaciones materiales, constituyendo, en efecto, un acto de comunicación al público. Bajo dicho escenario, el intermediario estaría obligado a suscribir acuerdos de licencia con los titulares de derechos, a menos que pudieran acogerse a la exención de responsabilidad prevista en el artículo 14 de la DCE.

Por tanto, aun cuando de manera implícita, la PDMUD postulaba la instauración de un modelo que consideraba la distinción entre los intermediarios de la DCE, en base a la funcionalidad diferenciada de acceso, caching y alojamiento de contenidos, en general de intermediación pura, y de ciertos intermediarios que son sujetos de intermediación combinada.

Esto porque el intermediario de alojamiento de datos del artículo 14 de la DCE, no está obligado a celebrar acuerdos de cooperación con los titulares de propiedad intelectual, en la medida en que no es responsable del material que almacena, si cumple con las condiciones que excluyen su responsabilidad, esto es, que no tenga conocimiento de que la actividad desplegada por el usuario o la información almacenada son ilícitas y que cuando adquiere conocimiento, actúe con la debida diligencia para retirar los datos o haga imposible el acceso a ellos.

²³⁴ PDMUD. (2019) Comisión Europea, Explicación detallada de las disposiciones específicas de la propuesta.

A contrario sensu, el intermediario de la PDMUD no es pasivo en su actividad, respecto de los contenidos que alberga en sus redes, por lo que redefine su rol (antes de la Propuesta de Directiva, los reconocimientos normativos a la actividad de intermediación se reducían al simple intermediario de host sujeto al régimen de no-responsabilidad/condicionada) y le conmina a establecer mecanismos consensuales de tutela cooperativa de la propiedad intelectual.

5. Modelo regulatorio de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los Derechos de Autor y Derechos Afines en el Mercado Único Digital

5.1 Ideas preliminares

Con fecha 17 de abril de 2019 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea la Directiva 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/6/CE y 2001/29/CE, que pretende «adaptar» la legislación de derechos de autor a la nueva realidad marcada por la evolución de las tecnologías digitales modernas²³⁵.

El trabajo desarrollado por el Parlamento Europeo a partir del año 2016 mediante la PMUD se tradujo en la precitada aprobación normativa, que introdujo algunos cambios en el modelo previsto por ésta última.

Sin lugar a dudas, ambas iniciativas son manifestaciones del esfuerzo europeo de adecuación de los fines del modelo de la DCE a la cambiante y evolutiva realidad digital.

Los Estados miembros de la comunidad europea tienen un plazo de implementación de la Directiva en comento que se extiende hasta el 7 de junio de 2021, por lo que su

²³⁵ RODRÍGUEZ PAZ, Sergio. (2019). Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los Derechos de Autor y Derechos Afines en el Mercado Único Digital y por la que se Modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de la Laguna, p. 1.

transposición en la órbita nacional dentro de los distintos países de la Unión es una cuestión que supera en temporalidad a las posibilidades de observación del presente estudio doctoral, por lo que nos propondremos sentar los aspectos generales de adecuación de la normativa comunitaria.

Alrededor de la Directiva ha existido una repercusión mediática y de trascendencia social avalada por los grandes conglomerados de Internet en torno a la regla específica contenida en el artículo 17.

Como cuestión previa, es dable apuntar que existe un reconocimiento expreso de que las plataformas de acceso masivo a contenidos digitales desarrollan funciones de intermediación de alojamiento de contenidos, por lo que, prima facie, pueden beneficiarse de la limitación de responsabilidad contenida en el artículo 14 de la DCE.

Sin embargo, y en armonía con lo anterior, también existe consenso en torno a la imposibilidad normativa de que el intermediario en referencia acceda a la condición de puerto seguro de la DCE, mientras no se limite a explotar una prestación pasiva de su servicio, mediante el tratamiento meramente técnico y automático de los datos proporcionados por los usuarios²³⁶.

5.2 Rol de los intermediarios en el nuevo modelo de la Directiva 790

La Directiva 790 dispone un régimen particular para las plataformas de contenidos generados por los usuarios, comprendiendo normas tutelares de usos protegidos de los datos que se transmiten a través de estas plataformas.

En cuanto a la definición del rol de los grandes intermediarios de contenidos digitales en Internet, la Directiva 790 se basa en el supuesto de que el intermediario de acceso masivo

²³⁶ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro. (2019). Mercado único digital y propiedad intelectual: las Directivas 2019/790 y 2019/789. Revista La Ley Unión Europea (71): p. 3.

a contenidos en línea es, hoy, distinto al intermediario de host de la DCE, en razón de las funciones de intermediación combinada que desarrolla.

Para el legislador del modelo de la Directiva 790 resulta justificable imponer un estándar de diligencia respecto de estos intermediarios en cuanto a la prosecución de los fines de tutela cooperativa y equilibrio de intereses en juego. En tal entendido, la limitación de responsabilidad de la DCE resulta compatible con el mandato de ciertos deberes de control de contenidos en función de la configuración del servicio de facilitación de alojamiento de datos a los usuarios de sus redes²³⁷.

En este orden de ideas, el considerando 61 de la Directiva 790, regulador del modelo en comento, caracteriza los servicios en línea como medios para proporcionar un acceso más amplio a obras culturales y creativas, dispuestos para la creación de nuevos modelos de negocio, por una parte, y como fuentes de infracción a la propiedad intelectual de terceros, por la otra. El mismo considerando hace alusión a la falta de adecuación de la finalidad de tutela cooperativa de propiedad intelectual en manos de la incertidumbre sobre la responsabilidad de estos actores de Internet cuando intervienen en actos sujetos a derechos de autor, lo que redundaría en la capacidad de los titulares de derechos para determinar si sus obras están siendo utilizadas por terceros usuarios sin su autorización.

En estos términos, la Directiva 790 impulsa el desarrollo de un mercado de licencias entre titulares de derechos de autor y prestadores de servicios de Internet para compartir contenidos en línea.

En este punto es importante advertir que el regulador del modelo de la Directiva 790, que viene a modificar y actualizar el modelo de la DCE, establece dos requisitos cualitativos de estos acuerdos de licencia, a saber, la equidad y el equilibrio.

²³⁷ Op. cit., p. 4.

Las precedentes consideraciones se encuentran en la base de las formulaciones de los fines del modelo regulatorio diseñado por el legislador comunitario-europeo, perpetrando así en la esencia de los fines de tutela cooperativa y equilibrio de intereses.

En el primer sentido, la equidad evoca la idea correctiva de justicia en la imposición de cargas²³⁸ de protección de los derechos de propiedad intelectual en Internet, favoreciendo la distribución normativa de deberes de autocuidado, en el caso de los titulares de derechos, y tutelares, respecto de las plataformas de acceso masivo a contenidos en línea.

A su vez, el fin de equilibrio se encuentra expresamente reconocido en la parte considerativa de la Directiva 790, por lo que no resulta necesario profundizar en aquello. Sin embargo, cabe apuntar que la finalidad de equilibrio en la adecuación de la DCE materializada en la Directiva 790 se enlaza directamente con los derechos remuneratorios de los titulares de derechos de autor por el uso de sus obras²³⁹.

Luego, el equilibrio de intereses como fin del modelo de la Directiva 790 se encuentra armonizado con la libertad contractual de los autores y titulares de derechos, en la medida en que el legislador declara que la adopción de acuerdos de licencias con los intermediarios de Internet constituye una facultad para los primeros, más no una obligación.

²³⁸ En el mismo sentido, véase a MERCHÁN, Daniel. (2019). La equidad: El concepto jurídico indeterminado a extensión del arte de lo justo. Repositorio Universidad Católica de Colombia [en línea] Disponible en <<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/22520/1/LA%20EQUIDAD%20como%20concepto%20juridico%20indeterminado.pdf>> [consulta: 16 octubre 2020] // CC BY-NC 25.

²³⁹ Directiva 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/6/CE y 2001/29/CE, considerando 61.

CAPÍTULO TERCERO

DE LOS FINES DE LOS MODELOS REGULATORIOS DE INTERMEDIACIÓN DE CONTENIDOS DIGITALES

1. Ideas preliminares

La idea de «fines» evoca la noción del «para qué» de algo. Sin lugar a dudas, este básico entendimiento nos permitirá avanzar hacia la determinación del objetivo del presente capítulo.

Desde una perspectiva semántica, la locución «fin», del latín «finis» significa «objeto o motivo con que se ejecuta algo»²⁴⁰, mientras que la voz «objeto», del latín «obiectus» importa «fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación»²⁴¹.

En estos términos, el presente capítulo desarrollará un análisis finalista a través de una metodología re-constructivista de los fines de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales al tiempo de su instauración.

N. Bobbio señala que el estudio de los fines de la ley responde a la consideración de que el Derecho puede servir a los más diversos fines, sin embargo, el fin del orden no puede alcanzarse más que por medio del Derecho, de donde aparece que el Derecho no es solamente un medio, sino que tiene un fin, ergo, es un medio para un fin específico²⁴².

Lo anterior evidencia la lógica que subyace al estudio de los fines que los modelos regulatorios tuvieron a la vista al tiempo de la construcción de su marco normativo, de cara

²⁴⁰ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, vigésimo tercera edición.

²⁴¹ *Ibidem*.

²⁴² BOBBIO, N. (1976). *Hacia una teoría funcional del Derecho*. En: BACQUÉ, Jorge. *Derecho, filosofía y lenguaje: Homenaje a Ambrosio L. Gioja et al.* Buenos Aires, Editorial Astrea, p. 13.

a la acción legislativa impregnada de intencionalidad, esto es, al proyecto teleológicamente dirigido y motivacionalmente anclado.

Precisamente los modelos regulatorios que definieron el rol de los intermediarios en la contención de las infracciones a los derechos de autor en línea, se identifican con los fines que pretenden realizar y que inspiran su normatividad. En tal medida, la idea que perfila los modelos de la DMCA y de la DCE es la de ajenidad de los intermediarios de Internet en el marco de la responsabilidad que por dichas infracciones les cabe a los usuarios, a través de los puertos seguros instruidos en beneficio de aquellos.

Dentro de esta dimensión valorativa de los modelos regulatorios, en tanto construcción de estándares normativos, resulta cierto que no se trata aquí de escrudiñar en las motivaciones de los legisladores de las cuales no es posible tener respaldo documental, por el contrario, la presente investigación solo velará por transparentar las finalidades declaradas en el marco de la construcción y preparación de la regulación a que dieron paso los modelos tradicionales.

Hemos de reconocer que existe una relación entre el Derecho, como subsistema de la sociedad global, y otros subsistemas de la sociedad. En tal coordinación, la actividad legislativa responde a las indicaciones de los objetivos y fines del subsistema jurídico, así como de los medios para el cumplimiento de las finalidades propuestas²⁴³. En efecto, el legislador orienta la actividad legislativa al procesamiento de los fines demandados por otros subsistemas de la sociedad global.

Precisamente al determinar las finalidades e ideas matrices de un modelo normativo, el legislador canaliza y materializa una forma particular de responder a las demandas o indicaciones de los actores de los subsistemas a los cuales atiende en la construcción y diseño de la ley.

²⁴³ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José. (2013). Curso de Teoría del Derecho. La Rioja, Ediciones Universidad de la Rioja, p. 102.

Ciertamente la etapa de diseño legislativo representa la fase del proceso en donde resulta necesario impetrar el examen relativo a los fines en cuya virtud el legislador ha ensayado y fijado el contenido normativo del modelo regulatorio²⁴⁴.

De allí que el reconocimiento de los fines en la etapa de diseño resulta de suma importancia para la constatación de la hipótesis del presente estudio doctoral, en la medida en que es el momento del diseño de la política legislativa cuando se adoptan las decisiones fundamentales acerca del modelo, es decir, es en ese momento en que se establecen los límites y parámetros que servirán a la implementación del modelo. Lo anterior importa que la etapa de diseño sirve de base axiomática a la interpretación que seguirá al establecimiento de los conceptos, elementos e ideas desarrolladas en aquella fase.

En otros términos, los fines subjetivos de la elaboración de la política de diseño de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales que están documentados, están dispuestos al análisis y a la reconstrucción de los fines de los modelos.

En tal entendido, la presente investigación pretende aportar al estado actual de la disciplina, dentro de un escenario en donde la necesidad de reposicionamiento de los intermediarios de Internet en la protección de la propiedad intelectual es evidente.

Mediante un ejercicio de «inputs» de los fines declarados de los modelos regulatorios vigentes, en su etapa de diseño (modelo heurístico)²⁴⁵, el presente estudio analizará, además, el régimen de normatividad imperante, con la finalidad de asistir al proceso de valoración de la adecuación de los fines para con el modelo.

²⁴⁴ GROSSO, Beatriz y SVETAZ, María. (s/a). Técnica legislativa: Marco teórico. Publicaciones Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 11 [en línea] <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/a13086.pdf>> [consulta: 2 septiembre 2020].

²⁴⁵ Hasta mediados de 1980, la comprensión del proceso de políticas públicas, en general, estuvo fuertemente influenciado entre los académicos estadounidenses por la heurística por etapas. Nakamura, uno de sus principales expositores, lo denominó «enfoque de libro de texto». NAKAMURA, R.T. (1987). The Textbook Policy Process and Implementation Research. *Policy Studies Review* (7-1): 142-154.

2. ¿Cuáles son los fines de los modelos regulatorios? De algunas precisiones metodológicas

La definición de los fines para cuyo rendimiento estaban predispuestos los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales, importa la ejecución de un ejercicio analítico que integre el estudio de los antecedentes documentales presentes en la etapa de diseño de su normatividad.

Adicionalmente, nuestro estudio dará cuenta de los fines que son comunes en los modelos regulatorios de la DMCA y de la DCE. La precedente afirmación tiene por objeto hacer presente que los objetivos perseguidos por ambos estándares normativos son afines, en tanto ambos modelos determinaron la ubicación de los intermediarios de Internet en el esquema de protección a los derechos de autor en el ámbito digital, bajo ópticas similares y premisas símiles: los intermediarios están exentos de la responsabilidad por eventuales reparaciones a las que tienen derecho los titulares de los derechos de autor por las infracciones a su propiedad intelectual cometidas por los usuarios de Internet, si aquellos cumplen con las condiciones de puerto seguro establecidas por los mismos modelos.

Luego, resulta necesario advertir que el esfuerzo reflexivo y analítico presente, ofrece la perspectiva de que otros sub-fines –que eventualmente se identifiquen en la etapa de construcción de los modelos regulatorios– pueden ser reconducidos a los dos macro-fines tratados en nuestra investigación, esto es, los de tutela cooperativa de los derechos de autor en línea y el de equilibrio de intereses en juego.

Precisamente esta puntualización aparece de manifiesto en el último reporte de la U.S. Copyright Office, de mayo de 2020, que expresa que al discutir el proyecto de la DMCA, el Congreso norteamericano realizó un convenio finalista 50%-50%: dar protección colaborativa a la propiedad intelectual en Internet y asegurar el equilibrio de intereses a través de la seguridad jurídica otorgada por la Sección 512 a los intermediarios de Internet. Lo

anterior en pos de fomentar el desarrollo y la innovación²⁴⁶, delimitación finalista repetida en el marco del modelo europeo, según tendremos oportunidad de precisar.

Existe, por tanto, un espectro reflejo en ambos modelos, en cuanto a la identificación de los fines en los modelos regulatorios de la DMCA y la DCE.

Finalmente, debemos precisar que este capítulo no se dirige en forma exclusiva a la definición de los fines de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales, sino que, también, apunta a la determinación de sus alcances sustanciales. En otros términos, apunta a establecer cuáles y qué son.

3. Tutela cooperativa de derechos de autor en línea

3.1 Cuestiones generales

La cooperación en el desarrollo de la industria de Internet es un común denominador en el marco del progreso y evolución que la promesa digital involucra.

Lo anterior se traduce en un producto de contribución recíproca en dos niveles.

a) El primer nivel o grado de cooperación en el ámbito de la protección a la propiedad intelectual en Internet, se da a escala internacional a través de las iniciativas de los sistemas jurídicos y organizaciones que propenden a la realización de esfuerzos tutelares mancomunados.

²⁴⁶ U.S. Copyright Office. (2020). Op. cit., p. 66.

Ya en el año 1986, la National Science Foundation²⁴⁷ comenzó a financiar investigaciones y desarrollo cooperativo del sector privado en Internet y continuó haciéndolo a gran escala hasta el año 1995²⁴⁸.

Con el desarrollo del comercio mundial, cada día más interconectado, cada vez más países han reconocido la necesidad de establecer un sistema cooperativo que propenda a la protección eficaz de la propiedad intelectual en el ciberespacio²⁴⁹.

Lo anterior, porque a pesar del principio de territorialidad que preside los regímenes de propiedad intelectual²⁵⁰, lo que significa que la protección de este tipo de propiedad se determina exclusivamente según la normativa interna de cada Estado²⁵¹, cuya fuente directa pueden hallarse en la Convención de Berna (1886)²⁵², adherida por Chile en 1975, la integración económica de segunda mitad del siglo XX contribuyó a establecer mínimos de protección a la propiedad de intelectual, invitando a la comunidad internacional a contribuir en la salvaguarda recíproca²⁵³.

²⁴⁷ La National Science Foundation es la heredera de ARPA. Fue el primer catalizador de la explosión en las redes de computadoras de todo el mundo, desde su creación por el gobierno de los Estados Unidos en el año 1985. HARRIS, Susan R., y GERICH, Elise. (1996). Retiring the NSFNET backbone service: Chronicling the end of an era. *ConneXions* (10-4): p. 3.

²⁴⁸ BARNETT, Jonathan. (2000). Cultivating the Genetic Commons: Imperfect Patent Protection and the Network Model of Innovation. *San Diego Law Review* (37-1): p. 1004.

²⁴⁹ ZHANG, Dermot W.J. (2002). Cross-Border Enforcement of Intellectual Property Rights in an E-Commerce Environment [en línea] Disponible en < <https://www.hllawyers.com/publications/en/publications-20.html>> [consulta: 27 mayo de 2020].

²⁵⁰ «Cada país determina, para su propio territorio e independientemente de cualquier otro país, lo que es será protegido como propiedad intelectual, quién debería beneficiarse de dicha protección y por cuánto tiempo y cómo la protección debe hacerse cumplir». LUCAS, J. Ginsburg. (2003). The role of private international law and alternative dispute resolution. En: WIPO, *Intellectual property on the Internet: A survey of issues*, p. 283.

²⁵¹ VALENZUELA, Juan Guillermo. (1999). Vigencia del principio de territorialidad en el moderno derecho de patentes y su adecuación a los resultados de la investigación científica. *Revista Chilena de Derecho* (26-3): p. 624.

²⁵² Artículo 5.3 de la Convención de Berna: «La protección en el país de origen se regirá por la legislación nacional. Sin embargo, aun cuando el autor no sea nacional del país de origen de la obra protegida por el presente Convenio, tendrá en ese país los mismos derechos que los autores nacionales».

²⁵³ HITSEVICH, N. (2015). *Intellectual property rights infringement on the internet: an analysis of the private international law implications*. Unpublished Doctoral thesis, City University of London, p. 12.

Téngase presente que las precedentes afirmaciones no quieren, en ningún caso, la existencia de un «derecho de autor internacional» cuyo registro, prima facie, proteja las obras o creaciones de su titular, en todo el mundo, en tanto la protección de la propiedad intelectual se sujeta a las leyes nacionales de cada país. Sin perjuicio de lo anterior, la mayor parte de los Estados otorga protección a las creaciones extranjeras, bajo ciertas condiciones.

En tal sentido, en informe reciente, la Comisión Europea (en adelante la «CE») ha reportado la gestión multilateral con diversos Estados que no forman parte de la comunidad que se traduce en diálogos y grupos de trabajo con países de la Comunidad Andina (Colombia, Perú y Ecuador), América Central, Canadá, China, Hong Kong, Corea del Sur, Taiwán, Tailandia, Turquía, Ucrania y Estados Unidos, en expresa mención del objetivo perseguido, esto es, mejorar la comprensión de los diversos socios comerciales para abordar el problema de la protección insuficiente y deficiente de la propiedad intelectual²⁵⁴.

En armonía con lo anterior, la CE firmó un acuerdo con la Oficina de Propiedad Intelectual de la UE (en adelante «EUIPO»), para la implementación de tres programas en clave de cooperación para el periodo 2017-2020 (China, Sudeste de Asia y América Latina). Estas iniciativas plurianuales están diseñadas para fomentar la cooperación de la Unión para con los respectivos países, a través de la implementación de medidas de protección y observancia de la propiedad intelectual en la era digital²⁵⁵.

En el mismo sentido, el «Plan Estratégico 2020» de la EUIPO pone de relieve la utilidad de la cooperación internacional a fin de fomentar el crecimiento económico de las empresas e industrias europeas, creando instancias de convergencia e interoperabilidad entre los diversos sistemas de propiedad intelectual de las economías más importantes del mundo.

Así las cosas, la EUIPO cree que una colaboración exitosa entre las distintas oficinas de propiedad intelectual del mundo, implica la provisión a los usuarios de información accesible sobre derechos de propiedad intelectual, evitando los conflictos posteriores con los titulares de derechos de autor. Para el éxito de la citada empresa, la EUIPO ha desarrollado

Véase en U.S. Copyright Office. s/a). Protección internacional de derecho de autor [en línea] Disponible en <<https://www.copyright.gov/fls/espanol/fl100e.pdf>> [consulta: 27 mayo de 2020].

²⁵⁴ Comisión Europea. (2020). Report on the protection and enforcement of intellectual property right in third countries. Commission Staff Working Document, p.13.

²⁵⁵ *Ibidem*.

bases de datos (TMclass, TMview y DesignView), facilitando la determinación, extensión y clasificación de los derechos de autor existentes²⁵⁶.

La revolución tecnológica y la interdependencia de las economías del orbe de las cuales ha sido testigo el mundo hacia finales del segundo milenio de la era cristiana, han introducido nuevas formas de vinculación entre la economía, el Estado y la sociedad. El asentamiento de los factores de descentralización e interconexión entre los actores sociales ha generado un reacondicionamiento general del sistema de derecho de autor a la luz de las transformaciones tecnológicas²⁵⁷.

Incluso la organización interna de las agencias o servicios públicos estatales no han estado exentas de las finalidades cooperativas, según se desprende del registro de la sesión 104º del Congreso de los Estados Unidos en 1996, en cuya virtud la principal justificación observada por el Presidente para unificar las instancias gubernamentales en una nueva organización de propiedad intelectual, que incluyera la U.S. Copyright Office, era la coordinación de todas las políticas de propiedad intelectual dentro de una oficina del poder ejecutivo²⁵⁸.

Es así como durante los últimos años, el gobierno norteamericano ha venido visibilizando dentro de la política económica del país, la propiedad intelectual, como un tema prioritario dentro de la coordinación intergubernamental, a partir de los esfuerzos conjuntos del Representante de Comercio, Departamento de Comercio, incluida la Oficina de Patentes y Marcas y la Oficina de Derechos de Autor²⁵⁹.

b) En un segundo nivel o grado de cooperación, aparece el sello finalista de las regulaciones internas de contención a las infracciones a la propiedad intelectual en Internet,

²⁵⁶ EUIPO. (2020). Strategic Plan 2020 [en línea] Disponible en < https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/about_euipo/strategic_plan/strategic_plan_2020_en.pdf> [consulta: 27 mayo de 2020].

²⁵⁷ CASTELLS, Manuel. (2000). La era de la información: economía, sociedad y cultura. Volumen I. Segunda Edición. La sociedad red. Madrid, Alianza Editorial, passim.

²⁵⁸ Senate. (1996). Statement of Marybeth Peters The Register of Copyrights before the Committee on the Judiciary 104TH, 2d Session, p. 13.

²⁵⁹ EUIPO. (2020). Ibídem.

que apunta a la colaboración recíproca entre los diversos actores y partes más o menos interesadas en la protección de los derechos de autor (titulares de derechos, intermediarios de Internet, usuarios o cibernautas).

Para efectos del presente estudio, y en el marco de la cooperación en segundo grado, resulta útil distinguir dos momentos en que dicha finalidad tiene importancia y desempeña un rol fundamental en la concepción de propiedad intelectual a la que apuntan los modelos vigentes.

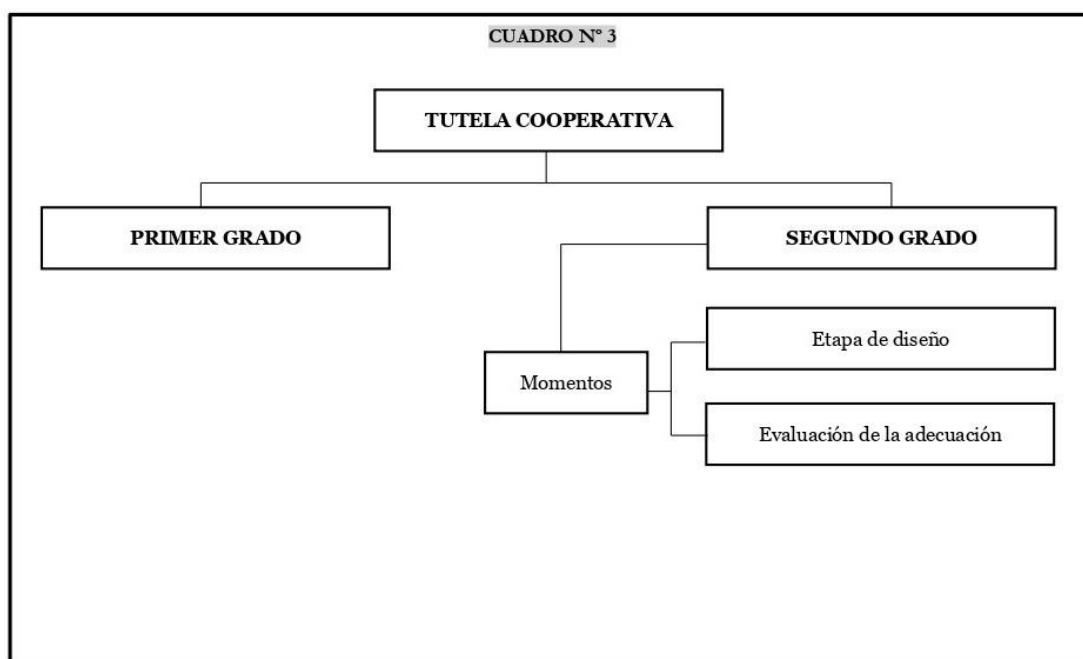
En un primer momento, la cooperación aparece como finalidad inserta en el marco del diseño de los modelos regulatorios de intermediación. En tal sentido, a través de un proceso re-constructivo, es posible inferir y/o desprender el fin de tutela cooperativa de los objetivos expresamente declarados por el legislador al tiempo de la construcción del modelo.

Sin embargo, existe una segunda instancia en donde la tutela cooperativa sigue siendo relevante en la verificación de la consistencia normativa de los modelos regulatorios.

Precisamente esta segunda instancia identifica el fin de tutela cooperativa como un verificador bajo el cual se re-evalúan los modelos regulatorios luego de casi dos décadas de vigencia. Téngase presente que los verificadores de los modelos regulatorios, son, precisamente los fines o elementos de auditoría del respectivo modelo.

En efecto, la tutela cooperativa es un elemento finalista que continúa siendo parte del modelo, en la medida en que, extrapolada en el tiempo, funciona como un elemento evaluativo de la correspondencia entre los modelos regulatorios y la realidad digital vigente impulsada por los desarrollos tecnológicos, nuevos modelos de negocios y prácticas actuales en el ciberespacio; cuestión esta última que será analizada en el Capítulo Cuarto de la presente investigación.

Las precedentes ideas pueden expresarse esquemáticamente de la forma que sigue:



3.2 Tutela cooperativa como finalidad en el diseño de los modelos vigentes

La determinación del rol que a los intermediarios de Internet les cabe en la tutela de los derechos de autor en la red, no se reduce simple y llanamente, a fijar regímenes de limitación de responsabilidad, sino que, por el contrario, se extiende a ciertos deberes con que los modelos regulatorios han cargado a los intermediarios a efectos de hacer cesar la infracción de la propiedad intelectual en Internet.

Ahora bien, aun cuando pudiera afirmarse lo evidente que resulta la persecución del fin de tutela cooperativa en la protección de los derechos de autor en línea, precisamente, dicha evidencia refuerza la necesidad de incluir su alcance en el marco del presente estudio.

Por lo demás, la referida finalidad de los modelos regulatorios de intermediación hace incuestionable la premisa que desalienta la imputación de responsabilidad como objeto único

y exclusivo del rol que han de desempeñar los intermediarios de Internet. Así, la finalidad colaborativa en la adopción de medidas destinadas a hacer cesar los efectos de la infracción a los derechos de autor es, indudablemente, uno de los criterios que definen el rol de dichos intermediarios en la protección de la propiedad intelectual dentro de la escena digital.

3.2.1 Concepto

La tutela cooperativa de segundo grado en la fase de diseño puede ser definida como la protección simultánea y multidireccional de la propiedad intelectual en Internet por parte de los diversos actores, comprendiendo, además, el restablecimiento de la legalidad infringida.

En análisis de los elementos de la precitada conceptualización, cabe precisar lo siguiente.

a) Protección simultánea. La finalidad de tutela cooperativa es, esencialmente, el objetivo legislativo de salvaguarda conjunta del derecho de propiedad intelectual.

La tutela cooperativa en el marco de los modelos regulatorios debe ser simultánea o sincrónica, en la medida en que los procesos dispuestos por los marcos regulatorios clásicos consideran las aportaciones de los titulares de derechos, a través del aviso de la vulneración de derechos de autor a los intermediarios de Internet y, a su vez, consideran la acción rápida de desmontaje de éstos últimos.

A partir de las características propias del funcionamiento de Internet, que otorga la posibilidad de creación de copias exactas a la obra original²⁶⁰, y de la inmediatez con que puede producirse la distribución del material infractor, resulta de suma importancia que los

²⁶⁰ MIRÓ LINARES, Fernando. (2007). El futuro de la propiedad intelectual desde su pasado. La historia de los derechos de autor y su porvenir ante la revolución de internet. Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche (1-2): p. 131.

actores de Internet actúen de forma concurrente en la detección y desmontaje del contenido que infringe derechos de propiedad intelectual.

En tal sentido, el titular de derechos de autor deberá utilizar el mecanismo proporcionado por el modelo regulatorio de que se trate, esto es, el aviso de infracción a los derechos de propiedad intelectual y la promoción de acuerdos para eliminar y deshabilitar el contenido infractor y medidas de retiro o bloqueo del material que infringe los derechos de autor, en el marco de la Directiva 790, a fin de poner bajo el conocimiento del intermediario de Internet el hecho y circunstancia de la vulneración a sus derechos de propiedad intelectual.

Luego, tanto en el escenario de la DMCA como en el de la DCE, el intermediario de Internet está llamado a eliminar y deshabilitar el material objeto de infracción a los derechos de autor, cuando corresponda.

En el primer caso, el intermediario deberá retirar o bloquear rápidamente el acceso al contenido infractor. En el segundo caso, además, el intermediario de Internet puede ser objeto de acciones de cesación que pueden consistir en órdenes de los tribunales o de las autoridades administrativas en las que se exija poner fin a cualquier infracción o impedir que se cometa, incluso retirando la información ilícita o haciendo imposible el acceso a ella²⁶¹.

b) Protección multidireccional. En armonía con lo anterior, la tutela cooperativa no tiene un origen o sentido único de protección, sino que tiene fuentes entrelazadas (titulares de derechos de autor e intermediarios de Internet) que, además, fluyen hacia el restablecimiento de la legalidad infringida.

Tanto el mecanismo del NTD como aquellos contenidos en la DCE, tienen fuentes variadas. En primer término, será el titular de derechos de autor el llamado a velar

²⁶¹ Artículos 12.3; 13.2 y 14.3 de la DCE, que establece, respecto de los intermediarios de mera transmisión, caching, alojamiento de datos, las condiciones de puerto seguro, no afectarán la posibilidad de que un tribunal o autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija que ponga fin a una infracción o que la impida.

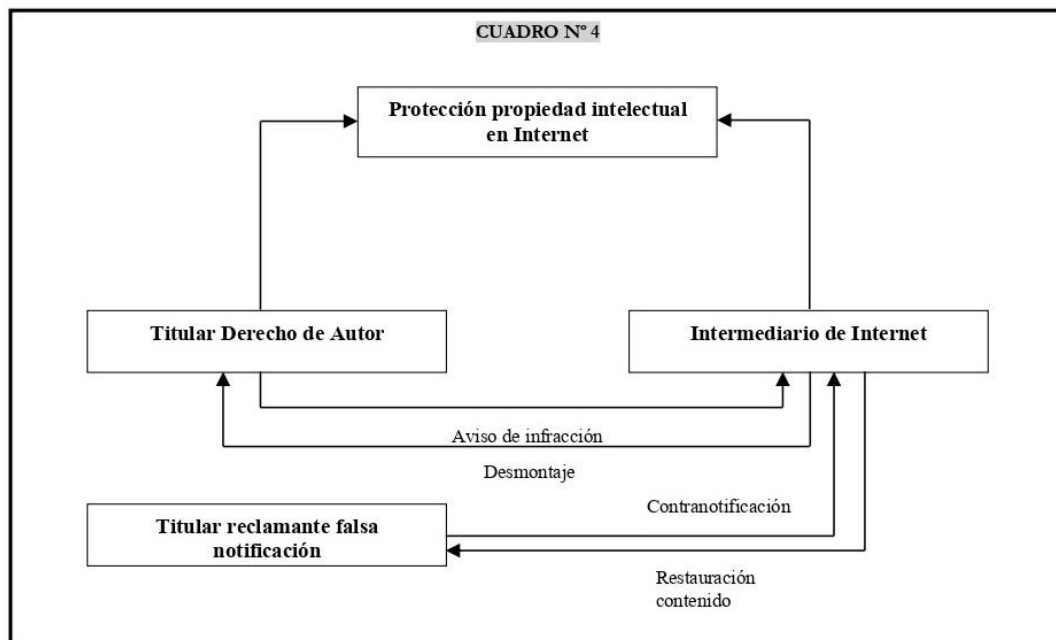
celosamente por el respeto a sus derechos, para lo cual deberá adoptar alguna de las líneas de acción descritas en la letra anterior, según sea el modelo regulatorio de que se trate.

Luego, el intermediario de Internet deberá acatar el deber legal, judicial o administrativo de retiro o bloqueo del contenido infractor para que, finalmente, el usuario notificado y en conocimiento de la infracción cometida, adecúe su actividad de cibernavegación y actúe conforme a Derecho, especialmente ante la amenaza de la terminación del servicio establecida por la DMCA contra usuarios reincidentes (efecto no previsto por la DCE).

c) Restablecimiento de la legalidad infringida. Tal y como hemos venido expresando, la simultaneidad y multidireccionalidad apuntan hacia el resguardo del imperio del derecho.

Aun cuando lo anterior pueda parecer abstracto, lo cierto es que su alcance material es cierto y concreto, en la medida en que los flujos de acción tutelar se entrecruzan en la

prosecución de la recuperación del derecho de propiedad intelectual trastocado por la acción vulneratoria de un tercero, tal como detalla en el siguiente cuadro explicativo.



La afirmación de que la tutela cooperativa es un fin de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales, radica en que ha sido un objetivo declarado por el legislador y representa la mitad del contenido teleológico del proceso de diseño de la estructura normativa de dichos modelos.

3.2.2 Tutela cooperativa en el diseño de la DMCA

El Reporte 105-551 del Congreso Norteamericano, parte 1, de 22 de mayo de 1998, alude en forma expresa a la configuración del régimen de limitación de responsabilidad de los intermediarios de Internet –que luego se materializaría en la sección 512 de la DMCA–, en base a una finalidad precisa, cual fue la de proteger a los intermediarios de Internet en las

subsecciones (c) – (e), a fin de «eliminar posibles desincentivos para cooperar con los propietarios de derechos de autor al adoptar pasos para prevenir infracciones»²⁶².

Agrega el precitado instrumento, que los párrafos contenidos en las subsecciones indicadas aseguran que el intermediario de Internet responda ante la información de la infracción, eliminando, deshabilitando o bloqueando el acceso al material infractor, de suerte que la subsección (c) constituye un llamado a observar una conducta en la que podrá basar su elegibilidad el intermediario a efectos de valerse del puerto seguro, lo que representa una defensa de «buen samaritano»²⁶³.

En tal sentido, el modelo regulatorio ofrecido por la DMCA cuenta con el mecanismo de NTD a través del cual, los titulares de derechos de autor pueden promover la eliminación del material supuestamente infractor mediante de la observancia del deber de retirada de los intermediarios ante la notificación del titular, lo que supone, además, el conocimiento efectivo de la infracción denunciada.

Tal y como apuntamos con antelación, el cumplimiento de los requisitos de la comunicación devenga el deber del intermediario de bloquear o retirar el contenido infractor²⁶⁴, so pena de incurrir en responsabilidad por los daños generados por su renuencia, según dispone la sección 512 de la DMCA.

Ahora bien, el fin de tutela cooperativa también se encuentra plasmado en la etapa de diseño del modelo regulatorio de la DMCA, de forma mediata, en la conservación de las «defensas legales potenciales» del presunto usuario infractor que ha sido notificado de una

²⁶² House of Representatives. (1998). Report 105-551: Digital Millennium Copyright Act. 105TH, 2d Session, Part. 1, p. 26.

²⁶³ *Ibidem*.

Téngase presente que la noción de «good samaritan» es una expresión extrapolada desde la TDA de 1996, cuyo contenido normativo exime de responsabilidad a algunos intermediarios por las actuaciones de sus usuarios. Según este marco normativo, los intermediarios no pueden ser tratados como proveedores de contenido. Véase en Federal Communications Commission. s/a). Telecommunications Act of 1996 [en línea] Disponible en <<https://www.fcc.gov/general/telecommunications-act-1996>> [consulta: 18 noviembre de 2019].

²⁶⁴ Sobre el procedimiento de NTD, véase a NARAYAN VASUDEVA, Vikrant. (2011). The notice and takedown procedure under copyright law: Developing a measured approach. *University of Notre Dame Australia Law Review (UNDALR)* (13): pp. 193-222.

supuesta vulneración a los derechos de propiedad intelectual de un tercero, en la medida en que el objeto perseguido por el modelo norteamericano, es la colaboración en la eliminación y desmontaje del material que eventualmente infringe derechos de autor, más no el reconocimiento o imputación de responsabilidad del supuesto infractor.

El ejemplo utilizado por la House of Representatives en el reporte en comento, nos auxiliará en el entendimiento de lo señalado en el párrafo precedente. Así, si una institución de educación recibe una notificación acerca de la infracción de derechos de autor de un tercero, y determina bloquear el acceso al material sindicado, dentro de un eventual litigio, aun puede sostener en su defensa que se trata de un «uso justo»²⁶⁵, según prevé la subsección (d) de la Sección 512 de la DMCA.

En este sentido, la finalidad tutelar de los derechos de autor es un objetivo privilegiado en la construcción del modelo de la DMCA, con prescindencia de la responsabilidad del supuesto infractor²⁶⁶.

La conclusión así alcanzada es reafirmada por otras manifestaciones del espacio privilegiado que ocupó la tutela cooperativa en la definición del modelo de la DMCA, tales como la configuración de un régimen sancionatorio para aquellos avisos maliciosos sobre la infracción a los derechos de autor en línea, cuestión que fue reforzada por la House of Representatives en la etapa de diseño.

En efecto, la subsección (f) de la Sección 512 de la DMCA especifica que cualquier persona que, a sabiendas, tergiverse información afirmando que un material o actividad infringe derechos de autor o que ese material o actividad fueron eliminados o deshabilitados

²⁶⁵ House of Representatives. (1998). Report 105-551: Digital Millennium Copyright Act. 105TH, 2d Session, Part. 1, p. 26.

²⁶⁶ «The failure of a service provider to qualify for any of the limitations in section 512 does not necessarily make it liable for copyright infringement. The copyright owner must still demonstrate that the provider has infringed, and the provider may still avail itself of any of the defenses, such as fair use, that are available to copyright defendants generally. (Section 512(l))». Título II: Online Copyright Infringement Liability Limitation, DMCA. Véase en el resumen de la DMCA de la U.S. Copyright Office. 1998. The Digital Millennium Copyright Act de 1998 [en línea] Disponible en <<https://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>> [23 agosto de 2019].

por error o identificación errónea, y así no sea, es responsable por los daños ocasionados (incluidos costos de representación), detentando la calidad de sujeto activo de tal demanda de daños, el titular de derechos de autor o el intermediario que actuó en confianza de dicha información falsa.

Lo anterior es una clara manifestación del repudio del legislador de la DMCA al abuso del derecho de utilizar el mecanismo del NTD, en desmedro de la recíproca cooperación proyectada en el enforcement del modelo.

Ahora bien, elevando el discurso a un nivel de abstracción, la protección de la propiedad intelectual, según precisamos, tiene alcances multidireccionales, por lo que se trata de una cadena de varios eslabones preponderantes en la contención de las infracciones a los derechos de autor en los espacios digitales. Por tanto, el Congreso norteamericano tuvo a la vista antecedentes de la inclinación de cada uno de esos eslabones.

Importa a nuestro estudio las consideraciones relativas a las posibilidades de incidencia de los intermediarios de Internet en la lucha contra la transgresión a los derechos de autor.

Así las cosas, en los cimientos de la DMCA, particularmente en la audiencia ante el Comité del Poder Judicial de los Estados Unidos, en su primera sesión, el Congreso norteamericano hizo hincapié en el papel que deberían desempeñar los intermediarios ante la proyección de la nueva normativa: i) ser un «enlace crítico en la cadena de piratería en Internet»²⁶⁷ o, ii) funcionar como agente cooperador de la protección de los derechos de propiedad intelectual.

Desde la citada perspectiva, el reporte del Committee on the Judiciary (indistintamente «el Comité»), comprende la declaración de diversos actores de Internet. Así, el Sr. Fritz E. Attaway, en representación de la Asociación de Imagen en Movimiento de América, asume

²⁶⁷ Committee on the Judiciary United States. (1997). Hearing 105-366: The copyright infringement liability of online and Internet service providers, A bill to amend Title 17, United States Code, to provide limitations on copyright liability relating to material, online, and for other purposes. First Session, Serial N° J-104-44, p. 9.

que los usuarios de Internet son respetuosos de las leyes y de la ética²⁶⁸, sin embargo, pone de relieve la posibilidad de que los intermediarios actúen en apoyo, directo o indirecto, de las actividades ilícitas y lesivas de los derechos de propiedad intelectual²⁶⁹.

Bajo este supuesto, el citado actor considera que los intermediarios de Internet deben asumir su parte en la batalla contra la piratería digital. Esto porque, aun cuando reconoce que la iniciativa corresponde a los propietarios de derechos de autor, destaca la cooperación de los intermediarios como esencial, adicionando que la ley de derechos de autor, debe proporcionar los incentivos necesarios para estimular dicha colaboración²⁷⁰; argumento que fue recogido por la House of Representatives²⁷¹.

Con todo, la declaración de la Asociación de Imagen en Movimiento de América vincula la necesidad de cooperación de los intermediarios de Internet con la definición de su responsabilidad por las infracciones cometidas por sus usuarios, alentando al Comité del Poder Judicial a responsabilizarlos financieramente, a fin de que éstos adoptaran un rol activo en la protección de los derechos de autor²⁷².

Bajo un lineamiento similar al anterior, el Sr. Cary H. Sherman, en representación de la Recording Industry Association of America (en adelante «RIAA»), alentaba a definir la tutela cooperativa de la propiedad intelectual en Internet, a través de la determinación de ciertas cargas de los intermediarios de Internet en cuanto a las infracciones cometidas por sus usuarios, empero, no a través de una determinación legislativa –toda vez que hacía presente al Comité la inutilidad de reformar la normativa de derechos de autor en ese entonces vigente–, sino que mediante una determinación judicial, citando ejemplos de casos resueltos favorablemente a sus intereses.

²⁶⁸ No aparecen antecedentes empíricos ni de otro tipo en el reporte de la audiencia 105-366 antes citado, que permitan justificar la afirmación de respeto de la ley o de la ética por parte de los cibernautas.

²⁶⁹ Committee on the Judiciary United States. (1997). Op. cit., p. 9.

²⁷⁰ *Ibidem*.

²⁷¹ Véase en el Capítulo II del presente estudio.

²⁷² Committee on the Judiciary United States. (1997). Op. cit., p. 11.

Sin perjuicio de lo anterior, en los casos citados por la RIIA los demandados no fueron los intermediarios, sino que los operadores de los sitios web, ergo, en estas instancias judiciales los intermediarios fueron mandados a proporcionar información para la identificación de los infractores²⁷³.

La RIIA hizo presente al Comité que la exención total de responsabilidad disuadiría a los intermediarios a trabajar en forma conjunta con los creadores para evitar infracciones a los derechos de éstos últimos. La expresión literal de la RIIA «necesitamos cooperación, no inmunidad»²⁷⁴, es reveladora de la inclinación de sus intereses en la determinación del rol de los intermediarios.

Por su parte, el Sr. Daniel Burton, en representación de Novell (una empresa estadounidense dedicada al software), explicitó en su declaración ante el Comité que, a partir del carácter efímero de muchos sitios de software piratas, resultaba extremadamente difícil actuar contra las infracciones a los derechos de autor sin el auxilio de los intermediarios de Internet²⁷⁵.

Ahora bien, en representación de los intermediarios, la industria telefónica que proporciona acceso a Internet, puso de relieve la incapacidad técnica para filtrar el contenido infractor a los derechos de autor de terceros, subrayando, además, que el entendimiento de «cooperación» al que aluden las organizaciones de autores antes descritas, era erróneo, en la medida en que ponía a cargo del intermediario deberes que implicaban una suerte de «policía de Internet»²⁷⁶, lo que bajo su criterio, no haría avanzar el despliegue de Internet ni protegería a los propietarios de derechos de autor en un grado significativo.

²⁷³ Op. cit., p. 15.

²⁷⁴ «If there is any burgeoning crisis on the Internet, it's the crisis of online piracy of intellectual property. The Committee will soon have before it two international copyright treaties that will help ensure that the copyright laws of other countries are as good as our own. Today we are unable to protect American investment around the world from piracy on the Internet. We need the legal rights necessary to fight online piracy wherever it occurs. No country has more at stake. We urge the Committee to move quickly to pass the implementation legislation for the WIPO treaties». Committee on the Judiciary United States. (1997). Op. cit., p. 18.

²⁷⁵ Op. cit., p. 21.

²⁷⁶ «Clearly, our industry, the telephone industry, needs this protection as well. Frankly, we have substantial intellectual property, everything from directories, data bases, software, as well as traditional content. So we

Resulta particularmente interesante el precedente llamado a la limitación de responsabilidad de los intermediarios de Internet, no por pretender el triunfo de sus expectativas, sino que por el argumento que utiliza para aquello. En este sentido, la industria telefónica de acceso a Internet manifiesta que el Congreso no puede, simple y llanamente, llamar a la cooperación entre la industria y los creadores, de manera que éstos autorregulen sus derechos y deberes en el combate de las transgresiones a la propiedad intelectual en Internet, poniendo el proceso en manos de ambos actores. Por el contrario, se expresa que las soluciones colaborativas deben tener como fuente la legislación²⁷⁷.

En la discusión aquí expuesta, el Presidente del Committee on the Judiciary de Estados Unidos, señaló que le parecía válida la pregunta de los intermediarios de Internet, relativa a qué incentivos promoverían su actuar cooperativo en el derribamiento de los sitios web que infringen derechos de propiedad intelectual, en consideración de que no todos los intermediarios son tan éticos o rectos como los presentes en la audiencia. En respuesta a esta interrogante, intermediarios de Internet configuraron sus intervenciones en síntesis de la siguiente motivación: también son dueños de contenidos (v.gr. datos, directorios, software, entre otros), lo que fortalece la voluntad de cooperación empática en la tutela a la propiedad intelectual²⁷⁸.

La precedente recapitulación ha estado encaminada a demostrar que el fin de cooperación fue objeto de declaraciones de los propietarios de derechos de autor, de los intermediarios de Internet y, por supuesto, de valoración del Comité. Fuerza nuestra afirmación la constatación de que el proyecto de la DMCA discutido en dicha oportunidad (4 de septiembre de 1997), contenía un título dentro de la Sección 512 denominado «Procedimiento de cooperación para la respuesta expedita a las demandas de infracción»²⁷⁹.

have every incentive to come up with a cooperative solution, but the fact is it has to be cooperative. It can't be simply on the back of the service provider or the carrier to police this». Op. cit., p. 28.

²⁷⁷ *Ibidem*.

²⁷⁸ Op. cit., p. 43.

²⁷⁹ «person shall not be liable for direct, vicarious or contributory infringement of copyright arising out of the violation of any of the exclusive rights of the copyright owner by another with respect to material residing on a system or network used in conjunction with electronic communications that is controlled or operated by or for

3.2.3 Tutela cooperativa en el diseño de la DCE e implementación

a) Tutela cooperativa en el diseño de la DCE

Es posible hallar el antecedente directo de la configuración definitiva de la DCE en la «Iniciativa europea sobre comercio electrónico», de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 16 de abril de 1997.

Si bien es cierto, el precitado documento no contiene referencias explícitas al régimen de responsabilidad de los intermediarios de Internet, sí declara como finalidad de la creación de un marco regulador favorable, la de crear un clima de confianza y cooperación para convertir a los sectores de negocios y a los consumidores hacia el comercio electrónico²⁸⁰.

Ahora bien, tal y como evidenciamos en el acápite anterior, el mecanismo de NTD es consustancial con el objeto de tutela cooperativa en la construcción del modelo regulatorio de la DMCA.

Esta finalidad también tiene su correlativo en el modelo de la DCE que, aun cuando no cuenta con un sistema de NTD, en cuanto a grado de especificidad, prevé el deber de los intermediarios de Internet de retirar los contenidos ilícitos o hacer imposible el acceso a ellos²⁸¹.

the person, unless upon receiving notice complying with paragraph (b)(3), the person fails expeditiously to remove, disable, or block access to the material to the extent technologically feasible and economically reasonable for a period of ten days, or until receiving a court order concerning the material, whichever is less». Véase en Committee on the Judiciary United States. (1997). Appendix, Proposed Legislation: To amend title 17, United States Code, to provide limitations on copyright liability relating to material on-line, and for other purposes. 105TH, 1d Session, p. 49.

²⁸⁰ Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo. (1997). Iniciativa europea sobre comercio electrónico [en línea] Disponible en <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A132101>> [consulta: 2 junio de 2020].

²⁸¹ Considerando 46º de la DCE: «Para beneficiarse de una limitación de responsabilidad, el prestador de un servicio de la sociedad de la información consistente en el almacenamiento de datos habrá de actuar con prontitud para retirar los datos de que se trate o impedir el acceso a ellos en cuanto tenga conocimiento efectivo de actividades ilícitas. La retirada de datos o la actuación encaminada a impedir el acceso a los mismos habrá de llevarse a cabo respetando el principio de libertad de expresión y los procedimientos establecidos a tal fin a nivel nacional. La presente Directiva no afecta a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan

Sin embargo, el diseño de la DCE, a raíz de la especial característica del alcance comunitario de la Directiva y de la horizontabilidad de su aplicación²⁸², tiene particularidades que la distinguen del modelo de la DMCA.

En lo fundamental, la construcción legislativa de la DCE configura las bases del tratamiento normativo de los Estados miembros de la UE, alrededor de un sistema de responsabilidad limitada de los intermediarios de Internet por las infracciones a la propiedad intelectual cometida por sus usuarios, proporcionando lineamientos generales para el establecimiento de incentivos que apunten a la contribución mancomunada en el levantamiento de un entorno digital sin delincuencia. Hasta aquí nada muy distinto al panorama de diseño de la DMCA.

Empero, el régimen de incentivos estimulado en la historia legislativa de la DCE por los actores de Internet declarantes no se limita a establecer un sistema de puerto seguro para los intermediarios de Internet, sino que se extiende a la instauración de ciertas cargas tecnológicas de monitoreo.

Esto porque aun cuando posteriormente se establece como una «no obligación» (artículo 15 de la DCE), lo cierto es que la cooperación a la que invita el grupo de titulares de derechos de autor ante el Parlamento Europeo, supera los alcances legales del retiro o bloqueo del material infractor por parte de los intermediarios.

En este orden de ideas, el I Informe de 1999 sobre la propuesta de DCE, en donde constan las declaraciones de los actores de Internet que participaron en el debate, da cuenta de la oportunidad que representa la dictación de la precitada Directiva en el marco del uso de

requisitos específicos que deberán cumplirse con prontitud antes de que retiren los datos de que se trate o se impida el acceso a los mismos».

²⁸² «La propuesta trata de aplicar un planteamiento horizontal a las diferentes cuestiones que aborda. Estos aspectos son: 1) el establecimiento de los prestadores de servicios; 2) las comunicaciones comerciales; 3) los contratos por vía electrónica; 4) la responsabilidad de los intermediarios; 5) el arreglo de las controversias, y 6) el papel de las autoridades nacionales y el principio del país de origen». Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo. (1999). I Informe “sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior (COM (98)0586 – C4-0020/99 (COD)), p. 73.

sistemas de filtraje y de otras tecnologías para limitar los casos de actividad ilegal. Al respecto, la Comisión de Cultura, Juventud, Educación y Medios de Comunicación expresó que debían establecerse incentivos para el desarrollo de esas tecnologías, además de crear incentivos para propender a la cooperación entre intermediarios, consumidores y otros, garantizando la aplicación real de las medidas técnicas aludidas²⁸³.

La propia Propuesta de DCE (1999/C 30/04), presentada por la CE el 23 de diciembre de 1998, en su considerando 16 reconoce la divergencia normativa y jurisprudencial en torno a la responsabilidad de los intermediarios.

Dentro de esa órbita, la propuesta aludía al papel a desempeñar por la Directiva, esto es, de asentamiento de las bases para la adecuada elaboración de mecanismos rápidos y fiables de retiro de la información ilícita y de deshabilitación del acceso a ella.

En opinión de la CE, dichos mecanismos debían ser acordados a través de compromisos negociados entre todas las partes implicadas, declarando, además, que el régimen limitativo de responsabilidad de los intermediarios propuesto, no era óbice para que las partes (v.gr intermediario y titular de derechos de autor) acordaran el desarrollo y aplicación de medidas técnicas de «protección e identificación»²⁸⁴.

Cabe apuntar que la DCE, en considerando 40º, de redacción muy similar a la referida en el párrafo anterior, agrega a las medidas técnicas de «protección e identificación», las medidas de «supervisión que permite la tecnología digital dentro de los límites trazados de las Directivas 95/46/CE²⁸⁵ y 97/66/CE²⁸⁶».

²⁸³ Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo. (1999). Op. cit., p. 75.

²⁸⁴ Considerando 16º de la Propuesta de DCE. Véase en Comisión Europea. (1998). Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior, Diario Oficial n° C 030 de 05/02/1999 p. 0004 [en línea] Disponible en <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:1998:0586:FIN>> [consulta: 22 enero de 2019].

²⁸⁵ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos, Diario Oficial n° L 281 de 23/11/1995 p. 0031 – 0050.

²⁸⁶ Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, Diario Oficial n° L 024 de 30/01/1998 p. 0001 – 0008.

Por su parte, el tránsito del Parlamento Europeo en el diseño de la DCE, se detuvo en consulta al Comité Económico y Social (en adelante «CES») sobre la propuesta de DCE, cuya opinión aparece compilada en Dictamen 1999/C 169/14, de 29 de abril de 1999.

En tal sentido, el CES valoró el esfuerzo normativo de establecer reglas claras sobre la responsabilidad que a los intermediarios les cabía en la contención de las infracciones digitales cometidas por terceros, en clave de cooperación, toda vez que la responsabilidad directa en la tutela de los derechos de autor corresponde, en primer término, a los creadores de la información²⁸⁷.

Ahora bien, la CES sugirió delimitar las cláusulas limitativas de responsabilidad de los intermediarios por los datos transmitidos, en el sentido de que se clarificara que dichos puertos seguros, no alcanzaban a los deberes de los intermediarios impuestos por la normativa vigente relativa a la protección de datos y telecomunicaciones²⁸⁸.

Finalmente, el CES consideró que la Propuesta de DCE establecía un sistema de limitación de responsabilidad escalonado, definiendo el rol de los intermediarios en la protección de los derechos de terceros sobre el contenido que circula en la red, de manera que se evalúan separadamente las diversas actividades de los intermediarios en función de su relación con los contenidos transmitidos y sus posibilidades de control²⁸⁹.

Por su parte, la II Recomendación para la Segunda Lectura respecto de la posición común del Consejo con vistas a la adopción de la DCE, de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior, de 12 de abril de 2000, hace presente que las modificaciones aprobadas por el Consejo en el diseño del modelo regulatorio de intermediación, no incluyen las

Téngase presente que esta Directiva ya no está vigente, ya que fue reemplazada por la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), Diario Oficial n° L 201 de 31/07/2002 p. 0037 – 0047.

²⁸⁷ Comité Económico y Social. (1999). Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior», Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 169/36, p. 6.

²⁸⁸ *Ibidem*.

²⁸⁹ *Op. cit.*, p. 7.

enmiendas relativas a la responsabilidad de los intermediarios de Internet, por lo que se mantienen según la redacción de la Propuesta de la DCE del año 1999²⁹⁰.

La Comisión individualizada explicita los motivos de la no aprobación de las enmiendas a los artículos relativos a la responsabilidad de los intermediarios por los contenidos de terceros, en cuanto éstas podrían haber involucrado afectaciones a la vida privada y datos personales.

De igual forma, la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior, abogaba por la coordinación en la protección de los derechos de los consumidores, recomendando al Parlamento dejar a las partes interesadas la resolución, a través de códigos de conducta y de los procedimientos notificación, reforzando la obligación del Parlamento de revisar dicha cuestión en el I Informe sobre la revisión de la DCE, incluyendo el examen de la responsabilidad de los suministradores de motores de búsqueda y de enlaces de hipertexto, todo bajo la óptica de evaluar posibles propuestas de adecuación a la luz del desarrollo tecnológico y jurisprudencial²⁹¹. Lo anterior constituye manifestación del carácter no acabado de la DCE.

En suma, al igual que en el proceso constructivo de la DMCA, en el escenario europeo de finales del segundo milenio, la protección de algunos derechos, entre ellos, los de propiedad intelectual, se sujeta a la acción conjunta de las partes interesadas en el combate de los ilícitos digitales.

²⁹⁰ Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior. (2000). II Recomendación para la Segunda Lectura respecto de la posición común del Consejo con vistas a la adopción de la directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico, en el mercado interior («Directiva sobre el comercio electrónico») (14263/1/1999 – C5-0099/2000 – 1998/0325 (COD)), Documento de sesión del Parlamento Europeo, p. 9. «La sección sobre la responsabilidad de los prestadores intermediarios ha sido objeto de numerosos considerandos explicativos y de algunas mejoras de presentación que no han modificado el equilibrio de la propuesta inicial». Op. cit. p. 12.

²⁹¹ Op. cit., p. 10.

b) Implementación

El Primer Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, de 2003, sobre la aplicación de la DCE en los Estados miembros, apertura su desarrollo con la advertencia relativa a los problemas de implementación de la Directiva, en base al carácter horizontal de su contenido normativo, lo que obligó a los Estados miembros a realizar bastos procesos de consultas de las partes interesadas a fin de implementar el mandato comunitario²⁹².

Así las cosas, en seguimiento de la transposición de la normativa comunitaria, la Comisión de la CE pesquisa que la problemática más relevante en cuanto a la implementación de la DCE era, precisamente, la adopción de las disposiciones relativas a la responsabilidad de los intermediarios de Internet²⁹³.

Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión de la CE asume la puesta en marcha del modelo regulatorio de la DCE en los Estados de la Unión, con fines de asistencia conjunta contra los ilícitos digitales por parte de los intermediarios de Internet y los titulares de derechos de propiedad intelectual, en búsqueda del restablecimiento de la legalidad infringida, exaltando de manera positiva el proceso participativo de elaboración de códigos de conducta en que han intervenido diversos actores de Internet²⁹⁴.

Luego, la Comisión de la CE reconoce que la implementación de la DCE en algunos países miembros, salvó una laguna de la Directiva respecto de los motores de búsqueda e hipervínculos, en la medida en que las legislaciones nacionales dispusieron limitación de responsabilidad también a su respecto²⁹⁵.

²⁹² Comisión de las Comunidades Europeas. (2003). Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo COM(2003) 702 final, p. 3.

²⁹³ Op. cit., p. 8.

²⁹⁴ Op. cit., p. 18.

²⁹⁵ España, Portugal, Austria y Liechtenstein. Op. cit. p. 14.

Resulta especialmente ilustrativo del fin de tutela cooperativa en la elaboración del modelo regulatorio de la DCE, el que se llame abiertamente a la regulación normativa bilateral (propietarios derechos de autor e intermediarios) y a la adopción de recomendaciones de diversos actores de Internet en pos de la protección de los derechos comprometidos²⁹⁶.

Pues bien, en análisis de la implementación de la DCE en Estados miembros, el caso español implementó las normas comunitarias sobre limitación de responsabilidad de los intermediarios de Internet en el orden interno, a través de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (en adelante «LSSICE») en julio del año 2002.

Dicha normativa establece en su Capítulo I denominado «Principio de libre prestación de servicios», artículo 8.1, dentro de los principios que rigen y orientan la aplicación de la ley, un procedimiento de cooperación intracomunitario en cuya virtud se autoriza a los órganos competentes a ordenar interrumpir prestaciones de servicios o retirar datos que vulneren el principio de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual²⁹⁷.

A su vez, el numeral 2 de la misma norma reserva a la autoridad competente el requerimiento de colaboración en la protección de los derechos vulnerados a los intermediarios de Internet, mediante la orden de entregar los datos que permitan la identificación del infractor a fin de que pueda hacérsele comparecer en el respectivo procedimiento; requerimiento que debe tener origen judicial. Nótese que al denominado procedimiento de cooperación intracomunitario están sujetos todos los intermediarios de Internet, aun cuando no provengan de los Estados miembros de la Unión²⁹⁸.

Lo anterior es suficiente para advertir la extrapolación del fin de tutela cooperativa en la protección de los derechos que pueden vulnerarse en la escena digital de la DCE, sin embargo, es de especial relevancia para dichos efectos, lo prescrito en el artículo 11 de la

²⁹⁶ En este orden de ideas, en Francia se emitió la «Recomendación de París sobre la responsabilidad», con fecha 13 de septiembre de 1999. Miami Model IPR-specific notice and takedown procedure. Op. cit., p. 21.

²⁹⁷ Artículo 8.1 letra e) de la LSSICE.

²⁹⁸ Artículo 8.3 de la LSSICE.

LSSICE denominado «Deber de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación», de cuyo tenor se desprende que los intermediarios de Internet están legalmente obligados a cooperar con la autoridad competente a través de la interrupción de los servicios prestados, como del retiro del material infractor. A lo anterior se suma la colaboración que debe prestar el intermediario para interrumpir o procurar el retiro de contenidos de un intermediario establecido en algún Estado del tercer país, impidiendo el acceso desde España al material infractor²⁹⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, el fin de tutela cooperativa aparece aún con mayor fuerza en la protección administrativa de los derechos de los autores por las infracciones cometidas en Internet, que se introdujo a partir de la creación de la Comisión de Propiedad Intelectual («CPI») por la Ley 2/2011 de Economía Sostenible (en adelante «Ley Sinde»)³⁰⁰, como un órgano administrativo colegiado de ámbito nacional establecido para el ejercicio de las funciones de mediación y arbitraje y de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual tutelados en la misma ley³⁰¹.

Particularmente, la Sección de Salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual es la entidad encargada de la adopción de medidas dirigidas a obtener el restablecimiento de la legalidad infringida, a través de la interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o del retiro de los contenidos que vulneren los derechos autorales, siempre que el intermediario actúe directa o indirectamente, con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial al titular del derecho³⁰².

²⁹⁹ Artículo 11.3 de la LSSICE.

³⁰⁰ Su vigencia data del 4 de marzo de 2011.

³⁰¹ La Disposición Final cuadragésimo-tercera N° 4, modifica el artículo 158 del TRLPI e introduce la creación de la Comisión de Propiedad Intelectual en su numeral 1.

³⁰² Sobre el procedimiento de restablecimiento de la legalidad infringida y de los deberes de cooperación de los intermediarios de Internet en el derecho español, véase a FERRÁNDIZ, Pablo. (2010). La proyectada reforma de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Cultura y el procedimiento para el restablecimiento de la legalidad, cuya instrucción y resolución se quiere atribuir a su propuesta Sección Segunda. *Revista de Internet, Derecho y Política* (10): pp. 1-13.

Luego, el artículo 12 bis N° 4 de la ley en comento establece otra carga de cooperación a los intermediarios de acceso a Internet, en la medida en que éstos deben facilitar a sus usuarios, la información relativa a eventuales responsabilidades en que pueden incurrir, incluida la vulneración a la legislación en materia de propiedad intelectual, adicionando de forma clara el factor educativo en la colaboración contra las infracciones a los derechos de autor³⁰³.

Antes de proceder a la adopción de las precitadas medidas, el prestador de servicios deberá ser requerido a fin de que en un plazo no superior a las 48 horas pueda proceder a la retirada voluntaria de los contenidos declarados infractores o, en su caso, realice las alegaciones y proponga las pruebas que estime oportunas sobre la autorización de uso o la aplicabilidad de un límite al derecho de propiedad intelectual. Transcurrido el plazo anterior, en su caso, se practicará prueba en dos días y se dará traslado a los interesados para conclusiones en plazo máximo de cinco días. La Comisión, en el plazo máximo de tres días, dictará resolución. La retirada voluntaria de los contenidos pone fin al procedimiento.

En todo caso, la ejecución de la medida ante el incumplimiento del requerimiento exigirá de la previa autorización judicial, de acuerdo con el procedimiento regulado en el apartado segundo del artículo 122 bis de la Ley Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Todo esto es sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que, en su caso, sean procedentes.

En el Derecho español, la legitimación pasiva de los intermediarios de Internet se ha discutido en sede administrativa, desde la perspectiva funcional. En este orden de ideas, la Audiencia Nacional española ha declarado que los intermediarios de Internet, ostentan la

³⁰³ Existen ciertas muestras empíricas sobre los beneficios aportados por la educación y la difusión en la promoción del comercio digital y en la creatividad legítimos. Al respecto véase en U.S. Copyright Office. (2020). Op. cit., p. 171.

calificación de interesados en el proceso a partir de lo dispuesto en el artículo 19.1. letra a) de la Ley N° 29/1998 que regula la Jurisdicción Contencioso-administrativa³⁰⁴.

En términos generales, la LSSICE, en su artículo 13 sujeta a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, sean o no intermediarios de Internet³⁰⁵, a las normas sobre responsabilidad civil, penal y administrativa establecidas con carácter general en el ordenamiento jurídico español³⁰⁶, para luego sujetar a los intermediarios de Internet al régimen de no responsabilidad/condicionada, en los artículos 14 al 17 (cuya disposición incluye a los intermediarios de referenciación), a partir de la funcionalidad de intermediación diferenciada que ya hemos revisado a partir de la DMCA y de la DCE. Así, establece las condiciones bajo las cuales el intermediario de Internet resulta indemne de las actividades ilícitas que cometan terceros por medio de los servicios de acceso, caching, almacenamiento y de enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.

Suma y sigue, en el establecimiento del fin cooperativo en la contención de las infracciones a los derechos que pueden verse afectados en la vida digital, la LSSCI prevé en su artículo 18 el deber programático de las administraciones públicas, de impulsar, a través de la coordinación y asesoramiento, la elaboración de códigos de conducta (recomendación

³⁰⁴ Artículo 19.1 letra a) de la Ley N° 29/1998: “Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo”.

³⁰⁵ A partir del análisis de jurisprudencia española y comunitaria es posible advertir la relación existente entre los prestadores de servicios de la sociedad de la información y los intermediarios de Internet. Los primeros son aquellos servicios prestados normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. Véase en Anexo de la LSSICE. Los segundos son aquellos servicios de la sociedad de la información por los cuales se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información. En otros términos, son servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet. En suma, existe entre ambos prestadores una relación de género a especie.

³⁰⁶ Nótese que la normativa española establece como aparente regla general la responsabilidad de que se trate de los prestadores de los servicios de la información, sin embargo, en el caso de los intermediarios de Internet, la regla general es la no responsabilidad/condicionada. Ejercicio similar realizó el legislador chileno en el Capítulo III de la Ley N° 17.336 por el cual se implementa el TLC Chile-Estados Unidos del año 2003 en materia de propiedad intelectual, particularmente, en el artículo 85 L de la Ley.

proveniente de la DCE), entre las corporaciones, asociaciones, organizaciones comerciales, profesionales y consumidores, en las materias reguladas por la ley.

Agrega a lo anterior, que los códigos de conducta podrán tratar sobre procedimientos de detección y retiro de contenidos ilícitos, así como de los procedimientos extrajudiciales para la resolución de conflictos que surjan en la prestación de servicios de intermediación³⁰⁷, que garanticen la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios.

No obstante la importancia de los párrafos precedentes en la constatación del rol del fin de tutela colaborativa en el diseño, esta vez, de la normativa que implementó la DCE, la legislación española precedente de la LSSICE, especializada y contenida en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril del mismo año, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (en adelante «TRLPI»), también define el rol de los intermediarios de Internet en base a deberes de colaboración en la salvaguarda de la propiedad intelectual, incorporando la actuación de una entidad administrativa que persigue el restablecimiento de la legalidad infringida.

En este orden de ideas, la finalidad del procedimiento administrativo de salvaguarda español, persigue el fin de conminar a los intermediarios a cooperar en la contención de las infracciones a la propiedad intelectual en Internet. No existen, por tanto, finalidades punitivas ni resarcitorias.

Tal y como hemos expresado, dicho procedimiento es de competencia de la Comisión de Propiedad Intelectual (en adelante «CPI») en España, órgano colegiado de carácter nacional³⁰⁸.

³⁰⁷ Artículo 18.1 de la LSSICE.

³⁰⁸ La Comisión de Propiedad Intelectual, originalmente (Ley 22/1987), tenía solo funciones de arbitraje (incluso se llamaba Comisión Arbitral de la Propiedad Intelectual). La citada ley fue derogada por el TRLPI de 1996, pasando a regularse en el artículo 153, el que fue luego renumerado como 158. Luego, a partir de la reforma de la Ley 23/2006, la Comisión pasó a denominarse Comisión de Propiedad Intelectual.

Fuerza la idea de colaboración en la implementación del diseño de la DCE, la circunstancia relativa a que el rol de los intermediarios de Internet es determinado bajo la óptica de tutela de la protección de la propiedad intelectual, por sobre las finalidades punitivas o resarcitorias de frente a la infracción de los derechos de autor en espacios digitales.

El restablecimiento de la legalidad infringida a través de las cargas colaborativas de los intermediarios que persigue la Sección Segunda de la CPI (obtener la interrupción de los servicios prestados y el retiro de los contenidos infractores, siempre que el intermediario actúe directa o indirectamente, con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial al titular del derecho)³⁰⁹, ha sido objeto de refutación por algunos, en razón de la escasa eficiencia atribuida a su funcionamiento³¹⁰.

Sin embargo, el TRLPI fue modificado por la Ley N° 2/2019 de 2 de marzo de 2019, incorporando la regulación del procedimiento de restablecimiento de la legalidad de la Sección Segunda de la CPI al artículo 195. Con todo, no se trata de una mera reorganización de la normativa de propiedad intelectual en España, sino que se amplían las facultades de la CPI.

En efecto, antes de la citada reforma, el Tribunal Supremo español declaraba que el objetivo perseguido con la tutela administrativa que ejercía la Sección Segunda de la CPI, era la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de la intermediación digital y su función respecto de las medidas de interrupción de la prestación y de retirada de contenidos, se limitaba a determinar su necesidad y a declarar su adopción, dado que su ejecución precisa autorización judicial³¹¹.

³⁰⁹ Artículo 195.2 del TRLPI.

³¹⁰ Véase en MONTESINOS GARCÍA, Ana. (2014). El protagonismo de la Comisión de la Propiedad Intelectual, a la luz de la reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. *InDret*, Revista para el Análisis del Derecho (4): p. 20.

³¹¹ *Red de Empresas de Internet v. Administración General del Estado: Tribunal Supremo 31 de mayo de 2013 (procedimiento contencioso administrativo), Recurso N° 185/2012.*

Sin embargo, la reforma introducida por la Ley 2/2019, dota a la CPI de la facultad de ordenar al intermediario de Internet la interrupción de la prestación del servicio en cuestión, cuando se vulnere derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos vulneratorios, siempre que el intermediario haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial. Dichas medidas podrán comprender medidas técnicas y deberes de diligencia específicos exigibles al intermediario, que tengan por objeto asegurar la cesación de la vulneración y evitar la reanudación de la infracción³¹².

Antes de proceder a la adopción de las precitadas medidas, el prestador de servicios de la sociedad de la información deberá ser requerido a fin de que en un plazo no superior a las 48 horas pueda proceder a la retirada voluntaria de los contenidos declarados infractores o, en su caso, pueda realizar las alegaciones y proponga las pruebas que estime oportunas sobre la autorización de uso o la aplicabilidad de un límite al derecho de propiedad intelectual. Transcurrido el plazo anterior, en su caso, se abre un periodo probatorio de dos días y se da traslado a los interesados para conclusiones en plazo máximo de cinco días. La Comisión en el plazo máximo de tres días dictará resolución³¹³.

En el mismo marco de cooperación requerida a los prestadores, el TRLPI establece que, en caso de falta de retirada voluntaria y a efectos de garantizar la efectividad de la resolución dictada, la Sección Segunda podrá requerir la colaboración necesaria de los intermediarios de los servicios de pagos electrónicos y de publicidad, requiriéndoles que suspendan el correspondiente servicio que faciliten al infractor³¹⁴.

³¹² Artículo 195.4 del TRLPI: «La Sección Segunda podrá adoptar las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulnere los citados derechos siempre que el prestador haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial. Dichas medidas podrán comprender medidas técnicas y deberes de diligencia específicos exigibles al prestador infractor que tengan por objeto asegurar la cesación de la vulneración y evitar la reanudación de la misma».

³¹³ Una notable diferencia del caso español respecto del modelo de intermediación de la DMCA, es que no deja a salvo potenciales defensas, en la medida en que el artículo 195.4 del TRLPI establece que la interrupción de la prestación del servicio o la retirada voluntaria de las obras y prestaciones no autorizadas tendrán valor de reconocimiento implícito de la referida vulneración de derechos de propiedad intelectual y pondrá fin al procedimiento.

³¹⁴ Artículo 195.5 del TRLPI.

En sentido estricto, la colaboración en la protección a la propiedad intelectual de que se trata aquí, es una verdadera obligación legal, en la medida en que el TRLPI prevé que la falta de colaboración por intermediarios de Internet, se considerará como infracción a lo dispuesto en el citado artículo 11 de la LSSICE (que a su vez, establece deberes de colaboración)³¹⁵.

Cabe apuntar que la CPI española no proviene de una regulación propia del Derecho administrativo sancionatorio, sino únicamente de una que se dirige al restablecimiento de la legalidad a través del mandato de acciones cooperativas por parte de los intermediarios de Internet en la prosecución de la finalidad última, esto es, la vigencia de los derechos de propiedad intelectual en el ciberespacio, por lo que no involucra el ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

En Francia, a diferencia del tratamiento normativo español, el objeto de tutela cooperativa de la propiedad intelectual infringida, se disciplina a través de la facultad que tiene el órgano Hadopi para advertir a los prestadores de servicio de acceso a Internet cuyos servicios estén siendo utilizados para vulnerar derechos de autor, procedimiento denominado «*réponse graduée*»³¹⁶.

La detección de las infracciones cometidas por los usuarios a través del intercambio de archivos «*peer-to-peer*» es desplegada por las Sociedades de Percepción y Repartición de Derechos («*SDRP*») autorizadas por la Comisión Nacional de la Informática y de las Libertades («*CNIL*») para el tratamiento automático de datos personales, para el sólo efecto de la búsqueda y constatación de delitos de infracción a los derechos de autor³¹⁷.

En otros países europeos, como en el Reino Unido, la tutela cooperativa en la lucha contra la vulneración de derechos de autor por los usuarios de Internet, se persigue a través

³¹⁵ La reincidencia en el incumplimiento puede redundar en una sanción de hasta 600.000 euros. Artículo 195.6 del TRLPI.

³¹⁶ DELAUNAY, Benedicte et al. (2009). *Chronique de l' administration. Revue Française d' Administration Publique* (3-127): pp. 601-631.

³¹⁷ BERNAL, Edwin. (2012). La protección jurídica de la propiedad literaria y artística en Internet: Modelo francés, Leyes Hadopi. *Revista La Propiedad Inmaterial* (16): pp. 327-342.

de mecanismos que permiten la limitación o supresión de la prestación de servicios de acceso a Internet, al tiempo que se contempla también la posibilidad de que los tribunales adopten medidas para bloquear sitios de Internet a través de los que se infringen derechos de propiedad intelectual³¹⁸.

3.2.4 Sobre otros fines regulatorios y su posición de vinculación

La consecuencia fundamental e inherente al moldeado de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales vigentes alrededor de la finalidad cooperativa en la contención de las infracciones a la propiedad intelectual en Internet, es el establecimiento de los procedimientos revisados en los acápites anteriores y que, en términos generales, se traduce en que la primera contención debe recaer en los propietarios de derechos de autor, a través de los mecanismos de aviso de la infracción al intermediario y, respecto de éste último, la actuación inmediata para retirar el contenido vulneratorio o deshabilitar el acceso al mismo.

Empero, creemos que existen algunas finalidades vinculadas a la de tutela cooperativa bajo el prisma de la determinación del rol de los intermediarios en la batalla contra la infracción de derechos en la escena digital.

a) Restauración de la legalidad infringida

Tanto el modelo de la DMCA como el de la DCE desecharon la persecución de responsabilidades del intermediario de Internet como del usuario infractor, en la transgresión de los derechos de los titulares que han sido, supuestamente, afectados.

³¹⁸ MUÑOZ MACHADO, Santiago. (2018). Op. cit. p. 190.

A contrario sensu, ambos modelos regulatorios se abocan a la detección de la vulneración por parte de los titulares de derechos y a la imposición de acciones de cooperación a las que están llamados los intermediarios de Internet para reestablecer la indemnidad del derecho infringido, no de manera preventiva, sino que ex post.

A mayor abundamiento, en el modelo de la DMCA cuando falla el mecanismo dispuesto para requerir la intervención de los intermediarios para retirar o bloquear el acceso a contenidos ilícitos, ergo, cuando se trata de comunicaciones de falsas infracciones, se prevén efectos reactivos ante la no infracción a la legalidad (Subsección (f) de la Sección 512).

Aun cuando la DCE no establece una disposición similar, en razón de su generalísimo tratamiento de la responsabilidad de los intermediarios, lo cierto es que el sub-producto de restauración de la legalidad infringida se aborda desde la arista del condicionamiento de su responsabilidad. En este entendido, al legislador de la DCE no le interesa perseguir responsabilidades o alivios monetarios para los titulares de derechos de autor, mientras los intermediarios no colaboren deliberadamente con los usuarios en las actividades infractoras, rebasando la funcionalidad de mera conducción, caching y host descritas por la Directiva³¹⁹.

Por tanto, la finalidad de restauración de la legalidad infringida se encuentra íntimamente vinculada a la de tutela cooperativa, y deriva implícitamente de ella, en cuanto los legisladores de los modelos regulatorios establecieron un marco normativo dirigido a detener la infracción de los derechos de autor en línea, en cuya virtud el intermediario de Internet no es responsable mientras coopere con lo anterior, restaurándose el imperio del derecho vulnerado.

En armonía con lo anterior, el caso español es un buen ejemplo de cómo el restablecimiento de la legalidad importa una finalidad declarada incluso en el texto regulatorio de la Sección Segunda de la CPI. En este orden de ideas, el artículo 15 del Real Decreto 1889/2011, establece: «Ámbito de aplicación. 1. El procedimiento regulado en este

³¹⁹ En este sentido, considerando 44 de la DCE.

capítulo tiene por finalidad el restablecimiento de la legalidad en los casos en los que se declare la existencia de una vulneración de los derechos de propiedad intelectual mediante la prestación de servicios de la sociedad de la información».

Al respecto, los tribunales españoles han declarado que el procedimiento seguido ante la referida Comisión, no es una expresión del *ius puniendi* estatal, sino que tiene por objeto la reposición de las cosas a su situación legal, cuando dicha legalidad ha sido conculcada, cargando a los intermediarios de Internet con el restablecimiento de los derechos vulnerados³²⁰.

A su vez, en el modelo de la DMCA, según el último reporte de la U.S. Copyright Office de 2020, la finalidad de restablecimiento de la legalidad infringida no solo opera en beneficio del titular de derechos de autor, sino que también respeto del usuario cuyo contenido ha sido retirado a causa de la notificación de infracción a los derechos de autor que ha recibido el intermediario de Internet, cuando opera una contra-notificación³²¹.

Creemos que, en último término, la restauración de la legalidad infringida responde a un imperativo de restablecimiento de derechos en juego, de orden general, en el que el legislador debe otorgar respuesta satisfactoria a la afectación de un derecho de un titular por el ejercicio de otro derecho de un tercero (propiedad intelectual vs. libertad editorial)³²².

³²⁰ Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Registro General: 06849/2013, de 27 de agosto de 2014.

³²¹ U.S. Copyright Office. (2020). Op. cit., p. 153.

Cabe hacer presente que la Copyright Office da cuenta de la inadecuación del plazo que la DMCA concede al intermediario para la restauración del contenido tras recibir una contra-notificación, evidenciando el desacuerdo de los actores de Internet (quienes consideran que es un plazo demasiado corto o demasiado largo, según sea el interés que se represente). Véase en U.S. Copyright Office. (2020). Op. cit., p. 181.

³²² Es en parte el razonamiento inserto en Alfred C. Yen, en el año 1990. Véase en YEN, Alfred. (1990). Restoring the natural law: Copyright as labor and possession. Boston College Law School (4): p. 558.

b) Acuerdos de cooperación y soluciones extrajudiciales

Tanto el modelo de la DMCA como el de la DCE se elaboraron bajo un contexto común, en ambos casos la divergencia jurisprudencial sobre el rol y responsabilidades de los intermediarios por las infracciones a la propiedad intelectual cometidas por sus usuarios, alentaba el clima de inseguridad jurídica, lo que ejercía una presión insostenible en torno a la necesidad de legislar sobre aquello.

Los actores de Internet exigían del Congreso norteamericano y del Parlamento Europeo, las claridades necesarias en el desenvolvimiento de sus prácticas digitales.

Por tanto, ambas estructuras regulatorias optaron por determinar la no responsabilidad/condicionada de los intermediarios a través de sistemas de puertos seguros que no implican la intervención judicial.

Así las cosas, en el marco de la DMCA, el mecanismo del NTD es de naturaleza privada y extrajudicial³²³, mientras que la DCE dejó en manos de los Estados miembros la determinación de la intervención judicial en las medidas de que pueden ser objeto los intermediarios a fin de restablecer la legalidad infringida en Internet en clave de tutela cooperativa en la contención a los ilícitos digitales.

En efecto, el considerando 45 de la DCE establece que las limitaciones de responsabilidad de los intermediarios, no afectan la posibilidad de entablar acciones de cesación, las que pueden consistir en órdenes de tribunales o de autoridades administrativas en cuya virtud se les exija poner fin a cualquier infracción o impedir que se cometa, incluso retirando la información ilícita o haciendo imposible el acceso a ella.

³²³ «(...) an appropriate balance in light of what information is known by the rights holder and what tools are controlled by the service provider. (...) In exchange for our compliance with this minimal burden [of filling out section 512 notification forms], we as a rights holder get a rapid, extrajudicial, ex parte means of protecting our rights in the vast majority of cases. Similarly, the smaller rights holder also gets the equivalent of an injunction without the necessity of going to court, or even hiring a lawyer». Notice of Inquiry at 3–4 (Mar. 31, 2016); Yahoo Initial Comments at 5. En: U.S. Copyright Office. (2020). Op. cit., p. 185.

Es posible inferir que ambos modelos regulatorios pretendieron incentivar caminos resolutivos extrajudiciales. Así, el modelo regulatorio de la DCE converge en el impulso de acuerdos entre los actores de Internet para la protección de sus derechos, así como códigos de conducta participativos.

Frente a lo anterior, es dable traer a colación la doctrina del «DMCA-Plus» utilizada en el ámbito norteamericano para revelar los efectos secundarios del enforcement del NTD, respecto de las negociaciones a la sombra que se realizan entre grandes actores de Internet y que desvirtúan los efectos normativos y de observancia de la DMCA en el marco de los incentivos de los intermediarios para contener las infracciones a la propiedad intelectual³²⁴.

Estos acuerdos privados y extrajudiciales, dicen relación con el establecimiento de sistemas de filtraje automático de derechos de autor (v.gr. Content ID de YouTube)³²⁵.

Así, además, la «DMCA-Plus» puede albergar acuerdos privados que se traducen en el acceso directo que los intermediarios de Internet dan a los titulares de derechos de autor para que eliminen el material infractor a sus derechos³²⁶.

En el marco de la administración de los modelos de negocios de Internet, los grandes intermediarios suscriben acuerdos con los grandes titulares y/o gestores de derechos de autor, a fin de reducir la cantidad de avisos de eliminación que reciben (v.gr. YouTube tiene acuerdos de licencia con APRA AMCOS³²⁷).

Lo expresado en párrafos anteriores sugiere que los acuerdos de cooperación y las soluciones extrajudiciales a los conflictos de derechos de autor, implícitas en el diseño de los modelos regulatorios, e, incluso, incentivadas por su aplicación normativa, promueven la conexión que dichas sub-finalidades tienen con el objeto último del modelo, cual es

³²⁴ SAG, Matthew. (2017). Internet safe harbors and the transformation of copyright law. *Note Dame Law Review* (93-2): p. 505.

³²⁵ Op. cit., p. 499.

³²⁶ WEATHERALL, Kimberlee. (2018). Op. cit. p. 5.

³²⁷ Ref. Asociación de Derechos de Ejecución de Australia y la Sociedad de Propietarios de Derechos de Autor Mecánicos de Australia.

propender a la protección cooperativa de los derechos de autor en línea por parte de los diversos actores de Internet.

4. Equilibrio de intereses de los actores de Internet

4.1 Cuestiones generales

Sin lugar a dudas la etapa de diseño de cualquier política pública que involucre la gama de intereses que incorpora el tópico de la protección de la propiedad intelectual en Internet, debe apuntar a una regulación de reconocimiento de todas aquellas partes que desarrollen una actividad lícita y tengan, por tanto, un legítimo interés en que sus derechos sean considerados en la construcción normativa.

Particularmente, el carácter social de la propiedad intelectual plantea el desafío del reconocimiento de intereses de creadores y de la comunidad toda. De allí que la discusión apunta a la doble vertiente del sistema de derecho de autor: una privada, de la cual se derivan las facultades de goce (aprovechamiento y explotación) y de disposición (enajenación) y otra social, que tiene como contrapartida de los derechos concedidos al titular, un conjunto de deberes en atención a los intereses de la colectividad³²⁸.

Hablamos de un «sistema de derecho de autor» en la medida en que este derecho debe reflejar la integración de otros derechos o bienes jurídicos que socialmente son merecedores de tutela. Por tanto, el sistema de propiedad intelectual conjuga el equilibrio entre los derechos e intereses del titular de la obra protegida, por una parte, y el interés de la sociedad por la libre circulación de la información y la difusión del conocimiento, por la otra.

³²⁸ MELERO ALONSO, Eduardo. (2007). La propiedad intelectual desde una perspectiva social: una crítica al modelo vigente. *Revista Mientras Tanto* (102): pp. 89-111.

La propiedad intelectual consiste en una propiedad colaborativa sujeta al espiral de invención³²⁹. Por tanto, toda armonización de los derechos de autor debe sentar sus bases sobre un estándar aceptable de protección para el titular de la creación intelectual. Ahora bien, la propiedad intelectual, así como su labor colaborativa, se tensan y se sitúan en un punto de jaque ante el vertiginoso avance de la globalización y de la era de la información. El rol preponderante que ésta cumple en el plano del comercio internacional y en el de la realidad digital, suponen la triple intangibilidad (propiedad, objeto del derecho de autor y soporte) de una propiedad intelectual que, deónticamente debe ser salvaguardada por el ordenamiento jurídico, hasta el límite de su interferencia en la estimulación de la creatividad e innovación de terceros.

En su calidad de derecho subjetivo, el problema del ejercicio de los derechos de propiedad intelectual está en la desviación de su uso, entendido como uso disfuncional o antisocial, cuestión que ha sido abordada ampliamente en el ámbito anglosajón alrededor de la doctrina del «misuse»³³⁰.

A su vez, la propiedad intelectual tiene un espectro de dominio público al cual se enfrentan los derechos individuales: a) derechos personales vs. derechos sociales; b) función individual de la propiedad intelectual vs. función social; c) bien individual vs. bien común; d) propiedad privada vs. dominio público; e) interés personal vs. interés colectivo; y e) fines personales vs. fines sociales³³¹, todos los cuales representan intereses legítimos que deben ser conciliados a través de los modelos regulatorios de intermediación a fin de armonizar la

³²⁹ Sobre la continuidad del proceso creativo y definición teórica de sus trayectorias, véase a RODRÍGUEZ, María Cristina y MANTILLA, William. (2013). De la creatividad a la innovación, de la innovación a la propiedad intelectual. *Revista La Propiedad Inmaterial* (17): pp. 283-324.

³³⁰ Véase en TADLOCK, Cory. (2008). Copyright misuses, fair use, and abuse: How sports and media companies are overreaching their copyright protections. *The John Marshall Review of Intellectual Property Law* (7): pp. 621-646; SCHER, David. (1992). The viability of the copyright misuse defense. *Fordham Urban Law Journal* (20-1): pp. 89-107; JUDGE, Kathryn. (2004). Rethinking copyright misuse. *Columbia Law School Scholarship Archive* (57): pp. 901-952; VARADARAJAN, Deepa. (2019). The use of IP misuse. *Emory Law Journal* (68): pp. 739-799, entre otros.

³³¹ Consúltese en VACCARO SCHMITZ, Christian. (2009). *Op. Cit.*, p. 355.

innovación, el respeto de los derechos de los autores y el acceso a la información y a la cultura³³².

De allí que se haya precisado la bi-dimensionalidad de la propiedad intelectual, compuesta por el derecho de acceso a la cultura³³³ y por los derechos de autor, caracterizando la vinculación como de limitación recíproca³³⁴.

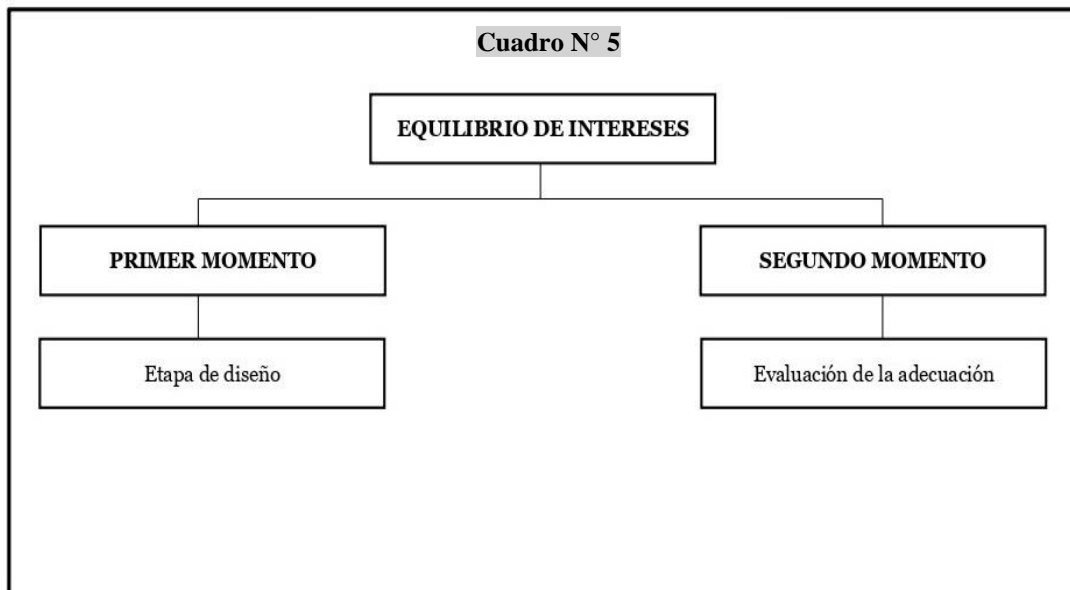
Por estas consideraciones, resulta claro que los modelos regulatorios de intermediación han de establecer equilibrios regulatorios en cuanto a las cargas, deberes, obligaciones y derechos de los actores de Internet en la tutela de la propiedad intelectual.

Finalmente, resta advertir que, al igual que el fin de tutela cooperativa de 2º grado, el fin de equilibrio de intereses en el ámbito de la propiedad intelectual en Internet, es relevante en dos momentos: en la etapa de diseño de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos en línea vigentes y en un segundo momento de valoración de la adecuación de dicho fin ante la transformación tecnológica, los nuevos modelos de negocios y prácticas vigentes en el moderno funcionamiento de Internet, lo que será abordado en el Capítulo IV de la presente investigación. Lo anterior puede ser sistematizado en nuestro esquema de modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales, de la siguiente manera:

³³² ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel. (2016). La doble dimensión del derecho de autor: el acceso a la cultura y a los derechos de autor. *Revista de Derecho Público* (85-2): pp. 11-32.

³³³ Consúltese en SILBEY, Jessica. (2010). Comparative tales of origins and access: Intellectual property and the rhetoric of social change. *Case Western Reserve Law Review* (61-1): p. 203.

³³⁴ CHAPMAN, Audrey. (2001). La propiedad intelectual como derecho humano: obligaciones dimanantes del apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Boletín de Derecho de Autor de la Unesco* (35-3): p. 14.



4.2 Equilibrio de intereses como finalidad en el diseño de los modelos vigentes

Uno de los conflictos con mayor vigencia en el mundo moderno es el de la protección de la propiedad intelectual en el entorno digital. A propósito de lo anterior, algunos autores han venido anotando, recurrentemente, la presión que ejercen las nuevas tecnologías y el mundo de la red sobre la vigencia de la propiedad intelectual y sobre las responsabilidades nacidas a partir de su vulneración³³⁵.

El consumo de cultura o arte a través de Internet, muchas veces, colisiona con la debida protección de los derechos de sus titulares, bajo una balanza que busca permanentemente el equilibrio. La propiedad intelectual que circula y se expone en Internet en múltiples formatos, se ve expuesta al tráfico ilimitado de información de manera inmediata

³³⁵ En el mismo sentido, véase a COMINO, Stefano y MARÍA MANENTI, Fabio. (2015). Intellectual property and innovation in information and communication technology (ICT). JRC Science and Policy Report, European Commission [en línea] Disponible en <<https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC97541/jrc97541.pdf>> [consulta: 2 octubre 2020].

y casi sin control. Dicho escenario es dispuesto por Internet, en la medida en que posibilita la difusión de ideas y opiniones de manera amplia, inmediata, a muy bajo costo y, en muchas ocasiones, anónima.

Con todo, las aspiraciones tutelares de la propiedad intelectual, colisionan con las voces detractoras que se oponen a la sobreprotección de los derechos de autor³³⁶ en Internet, en brazos del dominio público³³⁷. En el mismo sentido, la realidad comparada demuestra la preocupación ciudadana por el pretendido fortalecimiento del sistema de derecho de autor en el entorno digital, en desmedro de las múltiples utilidades derivadas del uso de Internet³³⁸.

El axioma bajo el cual se construyeron los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales en torno a la definición de rol que iban a desempeñar los intermediarios de Internet en la contención de las infracciones a la propiedad intelectual, tuvo en cuenta un compromiso legislativo que jugó por partes iguales en la determinación del régimen de no responsabilidad/condicionada de los intermediarios: el fin era mitad protección colaborativa, mitad equilibrio de intereses³³⁹.

La divergencia jurisprudencial sobre la responsabilidad de los intermediarios de Internet por las infracciones a la propiedad intelectual de sus usuarios, tanto en la escena norteamericana como en la europea, reforzó el reconocimiento por parte del Congreso estadounidense y del Parlamento Europeo, de la necesidad de resolver desde la instancia legislativa el rol de dichos intermediarios en el combate contra la delincuencia digital. Y ante aquello, las autoridades se enfrentaban a una doble presión: la de los propietarios de derechos de autor, organizaciones y asociaciones de gestión de derechos, por un lado, y la industria de Internet, por la otra.

³³⁶ ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel. (2011). En busca de equilibrios regulatorios: Chile y las recientes reformas al Derecho de Autor. Programa de Innovación, Tecnología y Propiedad Intelectual. Centro Internacional para el Comercio y el Desarrollo Sostenible, Documento de Política (12): 1-12.

³³⁷ En este sentido, véase a SCHMITZ VACCARO, Christian. (2009). Op. cit., pp. 343-367.

³³⁸ ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel. (2011). *Ibíd.*

³³⁹ U.S. Copyright Office. (2020). Op. cit., p. 66.

Esto último conllevó la realización de procesos consultivos y participativos en el diseño de los modelos regulatorios, en donde ambas partes fueron oídas en la promoción de sus respectivos intereses.

Así, el Congreso de Estados Unidos, en sesión de 4 de septiembre de 1997, en el marco del diseño de la DMCA, declaraba que se instaba a todas las partes a unirse y reconciliar sus diferencias a fin de participar de manera productiva en la discusión del proyecto legislativo³⁴⁰.

Por su parte, en la sesión de 15 de enero de 1999 del Parlamento Europeo, la propuesta de DCE fue remitida para examen a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos de los Ciudadanos y, para opinión, a la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios y Política Industrial, así como a la Comisión de Cultura, Juventud, Educación y Medios de Comunicación³⁴¹.

De igual manera, el Parlamento Europeo tuvo en cuenta las opiniones de la Comisión de Medioambiente, Salud Pública y Protección del Consumidor, a modo de representantes de los diversos actores involucrados en la edificación de la normativa discutida³⁴².

En vista de la amplitud consultiva de los procedimientos que presidieron la elaboración de los modelos regulatorios vigentes, resulta ineludible la identificación de la finalidad de equilibrio perseguida por los legisladores estadounidense y europeo-comunitario.

4.2.1 Concepto

El fin de equilibrio de intereses en la fase de diseño de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales, puede ser definido como la armonización de los

³⁴⁰ Committee on the Judiciary United States. (1997). Op. cit., p. 4.

³⁴¹ Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo. (1999). Op. cit., p. 3.

³⁴² *Ibidem*.

derechos de los tres grandes actores de Internet, esto es, creadores y titulares de derechos de propiedad intelectual, consumidores o usuarios e intermediarios de Internet, de modo que la delimitación de la posición que cada uno de ellos ocupa en el entorno digital, sea coherente con el resguardo y vigencia de sus intereses propios y recíprocos, así como de sus cargas.

Cabe advertir que, para efectos de nuestro estudio, la finalidad de equilibrio no dice relación con la mensura o peso de los derechos envueltos en el juego de la escena digital, sino que es producto de la elección política que el legislador de los modelos regulatorios traduce en contenido normativo respecto de la controversia o tensión de intereses de los diversos actores de Internet³⁴³.

A este respecto, es importante notar que no se trata aquí de un juicio de ponderación o proporcionalidad (inherente a la protección de los derechos fundamentales)³⁴⁴, puesto que la finalidad de equilibrio implica la conjugación de los intereses de los actores de Internet formulada en la etapa de diseño legislativo, más no sirve como técnica de adjudicación para resolver el conflicto de derechos fundamentales en sede constitucional³⁴⁵.

Por tanto, queremos insistir y hacer hincapié en que el equilibrio de intereses en la etapa de diseño, dista de representar un método de adjudicación (por razones obvias), empero, más importante aún, no pretende calificar de ganancioso un derecho por sobre otro³⁴⁶, sino que, por el contrario, busca normar la forma que da satisfacción a la convivencia de ambos dentro del mismo espacio digital.

³⁴³ En el mismo sentido, véase a SCHMITZ VACCARO, Christian. (2009). Propiedad intelectual, dominio público y equilibrio de intereses. *Revista Chilena de Derecho* (36-2): p.357.

³⁴⁴ Véase en ARNOLD, R. et al. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de Estudios Constitucionales* (10-1): 65-116; DÍAZ GARCÍA, Iván. (2011). La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (1): pp. 167-206.

³⁴⁵ TSAKYRAKIS, Stavros. (2009). Proportionality: A assault on human rights?. *Oxford University Press and New York University School of Law* (7-3): p. 468.

³⁴⁶ SCACCIA, Gino. (2019). Proportionality and the balancing of rights in the case-law of European Courts. *Federalism.it Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo* (4): p. 6.

Así, a modo de conjugación tridimensional³⁴⁷, los legisladores de los modelos vigentes diseñaron sus respectivos marcos regulatorios con el fin de que los legítimos intereses de las partes o actores de Internet, convivieran en armonía y no sucumbieran ante la imposición avasalladora de unos por sobre los de otros.

De allí que en el escenario comparado se haya precisado la existencia de una trilogía de intereses atribuibles al sistema de propiedad intelectual: el de los creadores en general; las empresas que explotan en términos comerciales las obras del intelecto propias o derivadas y; los cibernautas³⁴⁸.

Los intereses de los titulares de derechos de propiedad intelectual se traducen, en términos generales, en la evidente necesidad de protección de los derechos que tienen sobre sus creaciones y, en forma particular, en la obtención de la debida retribución por la explotación de las mismas.

Por su parte, los consumidores o usuarios de Internet, tienen el válido interés de acceder al comercio electrónico, información, cultura y entretenimiento.

Finalmente, los intermediarios de Internet tienen interés en desarrollar libremente sus modelos de negocios.

A partir del concepto antes entregado, resulta preciso advertir que la proporcionalidad es esencial en el ajuste de intereses que los modelos regulatorios vigentes recogieron en su fase de construcción. Esto porque no parecía proporcionado cargar a los intermediarios de Internet con sendos deberes de resguardo de la propiedad intelectual de terceros, en menoscabo del desarrollo de sus modelos de negocios.

³⁴⁷ La tridimensión está dada por la interacción de los titulares de derechos de autor, intermediarios de Internet y usuarios.

³⁴⁸ SIRINELLI, Pierre. (1999). Excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos. Ginebra, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos [en línea] Disponible en <https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/wct_wppt_imp/wct_wppt_imp_1.pdf>[consulta: 19 enero de 2019].

Así como tampoco pareció proporcionado cargar a los titulares de derechos autorales con la supervigilancia y persecución de la protección e integridad de sus derechos, dentro de un medio que no controlan, esto es, el de Internet.

Finalmente, no se ajusta al equilibrio de intereses perseguidos por los modelos regulatorios, extremar las medidas de filtraje y bloqueo de contenidos digitales, en desmedro de los derechos de los usuarios de Internet de acceder a ellos.

4.2.2 Equilibrio de intereses en el diseño del modelo de la DMCA

Según había adelantado, la Sección 512 de la DMCA –que establece el régimen limitativo de responsabilidad de los intermediarios de Internet– tuvo por objeto equilibrar dos categorías de intereses.

a) En primer término, establece un sistema de condiciones bajo las cuales la actividad de intermediación se encuentra cubierta de posibles persecuciones judiciales de responsabilidad civil, recogiendo la clara y expresa intención legislativa de otorgar seguridad jurídica a los intermediarios, incentivando la prosperidad del ecosistema de Internet.

En tal sentido, la posición y rol de los intermediarios fueron delineados desde dos aristas diversas, pero complementarias, una interna y otra externa.

En términos internos, el equilibrio pretendido en el diseño de la DMCA debía decidir sobre la responsabilidad de los intermediarios por la infracción a los derechos de autor que resultaran de la actividad de sus usuarios³⁴⁹.

El equilibrio externo respecto de los intermediarios al cual el Congreso norteamericano abocó su atención fue al de la tensión existente entre la protección de la propiedad intelectual en Internet para con el impacto económico que la primera podía tener

³⁴⁹ U.S. Copyright Office. (2020). Op. cit., p. 1.

en la calibración del desarrollo de sus modelos de negocios y, en términos generales, en la economía del país y en la evolución de Internet³⁵⁰.

b) En segundo lugar, el Congreso debía equilibrar los intereses de los intermediarios y de la industria de Internet con los intereses legítimos de los autores y otros titulares de derechos de autor frente a la amenaza de su infracción en línea³⁵¹.

En este orden de cosas, la U.S. Copyright Office ha señalado que el Congreso equilibró estos intereses a través de un sistema en donde los intermediarios de Internet pudieran hacerse de las limitaciones a la responsabilidad por la vulneración de la propiedad intelectual, a través del safe harbor, a cambio de cumplir con las condiciones contenidas en la Sección 512, estableciendo un mecanismo expedito de NTD para la resolución extrajudicial del conflicto de intereses³⁵².

En sentido estricto, y en lo que al diseño del modelo de la DMCA respecta, resulta necesario profundizar en la historia legislativa de la Sección 512.

Así, en el marco del objetivo de implementación de los Tratados de Internet de la OMPI, el Congreso de Estados Unidos presentó varios proyectos de ley a fin de dar cumplimiento a aquello, dentro de los cuales se incluía la legislación que abordaba la posible responsabilidad de los intermediarios³⁵³.

Tal y como habíamos indicado con antelación³⁵⁴, en dichas instancias comenzó una discusión liderada por los titulares de derechos de autor y las empresas tecnológicas, industrias de telecomunicaciones e instituciones educativas, bajo una óptima común, cual era la de los nocivos efectos de la incertidumbre en cuanto a quién era responsable de las

³⁵⁰ *Ibíd.*

³⁵¹ *Ibíd.*

³⁵² *Ibíd.*

³⁵³ Dicha iniciativa legislativa del año 1997, ya preveía un régimen limitativo de responsabilidad de los intermediarios de Internet, aunque no de manera tan acuciosa como la reglamentación finalmente introducida a través de la DMCA. Véase en House of Representatives. (1997). Report 105:2180: On-line copyright liability limitation. Act. 105TH, 1d Session.

³⁵⁴ Véase en apartado 2.1 del Capítulo II del presente estudio.

infracciones en línea a la propiedad intelectual, lo que parecía en ese momento, una práctica de litigios insostenible³⁵⁵.

Las negociaciones entre los diversos actores de Internet, lideradas por el Senate Judiciary Committee y el Subcommittee on Courts and Intellectual Property of the House Judiciary Committee, en gran medida estuvieron dirigidas a balancear los intereses de los intermediarios y de los titulares de derechos de propiedad intelectual.

El balance requerido fue instaurado en la discusión a modo de presión de ambas partes, lo que queda evidenciado en su inclusión en la normativa de propiedad intelectual norteamericana, aun cuando los Tratados de Internet de la OMPI no exigían dicha implementación.

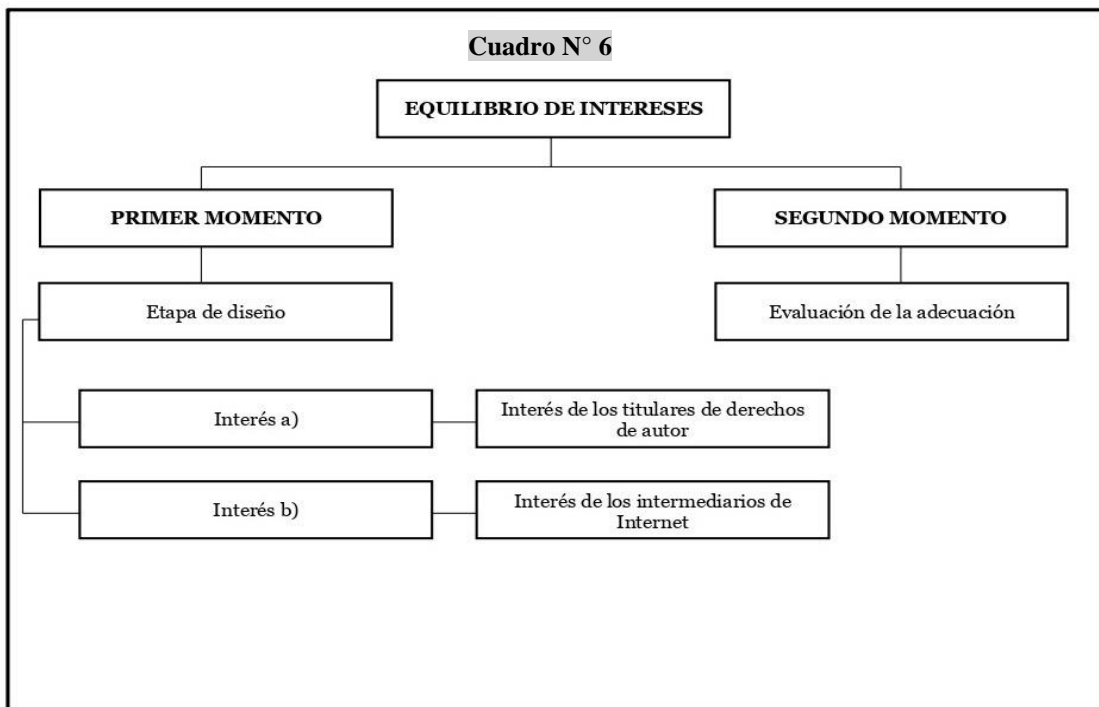
Y el resultado de dicho ejercicio fue, por una parte, la limitación de responsabilidad de los intermediarios de Internet (ergo, el modelo regulatorio mismo) y el establecimiento de ciertas condiciones, consistentes en implementar medidas para abordar rápidamente la actividad infractora (NTD), por la otra.

Así se protegía, en forma colaborativa, la propiedad intelectual en riesgo, incentivando a los propietarios de derechos de autor a poner sus obras a disposición de los consumidores legítimos del entorno digital, en seguridad de la protección de sus derechos (al que denominamos para efectos de nuestro esquema «interés a»)

Por otra parte, se alienta a los intermediarios de Internet a continuar con el crecimiento y desarrollo de sus negocios en Internet, con la certeza jurídica de que el cumplimiento de las condiciones previstas en la Sección 512 de la DMCA, excluirían su responsabilidad por las infracciones a la propiedad intelectual cometidas por sus usuarios (al que denominaremos «interés b»).

³⁵⁵ Al respecto, véase en Senate. (1998). Copyright Infringement Liability Hearing, 105th Cong. 98

Así, de vuelta a nuestro esquema, a través de la cual se estudiará la adecuación de los fines de los modelos regulatorios, lo antes dicho puede expresarse de la forma que sigue:



Téngase presente que el precedente cuadro resulta aplicable, de la misma forma, al modelo regulatorio europeo, según tendremos oportunidad de constatar.

Pues bien, a partir del explicitado equilibrio de intereses, el Congreso norteamericano creyó que conseguiría resguardar los derechos de las partes involucradas, asegurando un correcto desarrollo del comercio electrónico, la innovación y el crecimiento de Internet³⁵⁶.

En armonía con lo anterior, en la primera sesión del Committee on the Judiciary, el 4 de septiembre de 1997, el Presidente del Committee declaraba su intención de trabajar con ambas partes (titulares de derechos de autor e intermediarios de Internet), a fin de arribar a

³⁵⁶ House of Representatives. (1998). Part 2, Op. cit., p. 21.

soluciones mutuamente aceptables, a través de un diálogo productivo en el que se consideraran justificaciones dirigidas a lograr un equilibrio adecuado entre ambos intereses, es decir, la consecución de un esquema de responsabilidad justo y predecible, tanto para creadores y titulares e intermediarios, resguardando, a su vez, la necesidad y deseo de los usuarios de acceder a la información que alberga la red³⁵⁷.

Realmente la elección del Congreso de equilibrar los intereses en juego, eludió la opción de abocarse al escrutinio de las doctrinas de responsabilidad secundaria de los intermediarios³⁵⁸.

Lo cierto es que, tal y como expresó el Comité de la Cámara de Comercio, según consta en el Reporte 105-190 del Senado, de 1998, la Sección 512 no tuvo por objeto deslindar las infracciones a la propiedad intelectual en base a la determinación de los regímenes de responsabilidad de los intermediarios, así como tampoco persiguió crear nuevas excepciones a los derechos exclusivos de autor. Esto porque, a diferencia de lo que establece la LSSICE, las actividades de intermediación de Internet, bajo el régimen de la DMCA, aun cuando no quepan en aquellas descritas por la Sección 512, no necesariamente implican la responsabilidad del intermediario en cuestión, en la medida en que en dichas hipótesis los intermediarios serían juzgados en base a las teorías de responsabilidad directa, indirecta o contributiva³⁵⁹.

Que los intermediarios de Internet participan en todo tipo de actos que los exponen a una posible responsabilidad por infracción a los derechos de autor es una verdad irrefutable. De allí que el Congreso, a fin de no esquivar la importancia de emparejar la protección al interés b), consideró de suma necesidad fijar un régimen no responsabilidad/condicionada, otorgándoles la seguridad requerida para que éstos continuaran haciendo lo necesario en cuanto inversión en la expansión de velocidad y capacidad de Internet³⁶⁰.

³⁵⁷ Committee on the Judiciary United States. (1997). Hearing 105-366. Op. cit., p. 3.

³⁵⁸ Senate. (1998). Report 105-190. Op. cit., p. 19.

³⁵⁹ House of Representatives. (1998). Report 105-551, Part 2. Op. cit. p. 64.

³⁶⁰ Senate. (1998). Report 105-190. Op. cit., p. 8.

Lo anterior no es baladí si se tiene presente que ya en el año 1998 el Congreso norteamericano consideraba de suma relevancia asegurar la eficiencia de Internet, su evolución continua y un mercado digital próspero³⁶¹.

Por su parte, el balance del interés a) se proyectaba en el sistema establecido por la DMCA, particularmente, en el mecanismo del NTD que permitiría a los propietarios de derechos de autor que se atendieran y protegieran sus legítimos intereses contra la amenaza de la infracción a sus derechos.

Por tal razón, el Congreso excluyó de forma expresa del régimen limitativo de responsabilidad, a los «pirate directories», así como a los sitios web que funcionaran en base a la transgresión de los derechos de autor³⁶².

La consagración positiva del enmarcado balance del interés a) es la Sección 1201 del Título 17 de la DMCA, que determina la obligación de los intermediarios de Internet de proporcionar servicios adecuados y efectivos de protección contra las medidas tecnológicas utilizadas por los titulares de derechos de autor para proteger sus creaciones³⁶³.

³⁶¹ *Ibidem*.

³⁶² *Op. cit.*, p. 48.

³⁶³ « Section 103 of the DMCA adds a new chapter 12 to Title 17 of the U.S. Code. New section 1201 implements the obligation to provide adequate and effective protection against circumvention of technological measures used by copyright owners to protect their works.

Section 1201 divides technological measures into two categories: measures that prevent unauthorized access to a copyrighted work and measures that prevent unauthorized copying of a copyrighted work. Making or selling devices or services that are used to circumvent either category of technological measure is prohibited in certain circumstances, described below. As to the act of circumvention in itself, the provision prohibits circumventing the first category of technological measures, but not the second.

This distinction was employed to assure that the public will have the continued ability to make fair use of copyrighted works. Since copying of a work may be a fair use under appropriate circumstances, section 1201 does not prohibit the act of circumventing a technological measure that prevents copying. By contrast, since the fair use doctrine is not a defense to the act of gaining unauthorized access to a work, the act of circumventing a technological measure in order to gain access is prohibited». The Digital Millennium Copyright Act of 1998, pp. 3 y 4.

Según declaró el Congreso en la etapa de diseño de la DMCA, lo anterior representa un estímulo para los titulares de propiedad intelectual para crear y compartir sus obras en el entorno digital³⁶⁴.

En armonía con lo anterior, en la primera sesión del Committee on the Judiciary, el 4 de septiembre de 1997, el Senador Leahy, en clave de democracia de la información, expresaba que Internet y su expansión promocionaban el acceso a la información, que otros mecanismos no hacían, respecto de personas que vivían en zonas rurales o que padecían de alguna discapacidad física, empero, el acceso a la cultura, entretenimiento e información, tienen como cortapisas al cual deben ajustarse, la protección de los derechos de autor, el que debía ser alentado y recomendado. He allí el desafío que tenía el Congreso³⁶⁵.

Finalmente, resta advertir que en el ejercicio de equilibrio impetrado por el Congreso de Estados Unidos en la construcción del modelo regulatorio de la DMCA, también incluyó la valoración los intereses de los consumidores y usuarios de Internet. En este orden de cosas, incorporó una disposición que establece que los intermediarios de Internet no tienen la obligación de monitorear sus sistemas a fin de detectar infracciones a la propiedad intelectual (subsección (m) de la Sección 512 de la DMCA). Además, el procedimiento de contra-notificación, constituye un verificador de la protección de los intereses de los usuarios de Internet, puesto que a través de su ejercicio pueden conseguir restaurar el acceso al contenido eliminado erróneamente³⁶⁶.

³⁶⁴ House of Representatives. (1998). Report 105-551. Op. cit., pp. 1 y ss.

³⁶⁵ Committee on the Judiciary United States. (1997). Hearing 105-366. Op. cit., p. 3.

³⁶⁶ House of Representatives. (1998). Report 105-551. Op. cit., p. 12.

4.2.2 Equilibrio de intereses en el diseño del modelo de DCE e implementación

a) Equilibrio de intereses en el diseño de la DCE

El I Informe sobre la propuesta de DCE de 23 de abril de 1999, de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos Ciudadanos, constituye una fuente importante de historia legislativa a través de la cual es posible localizar el fin de equilibrio de intereses de las partes involucradas en el régimen que determina el rol de los intermediarios de Internet.

En tal sentido, la Comisión de Cultura, Juventud, Educación y Medios de Comunicación, en reunión de 24 de marzo de 1999 revisó el proyecto de DCE e hizo presente al Parlamento Europeo el papel de la creación e innovación en el desarrollo cultural y en el progreso de las artes, razón por la cual, debían examinarse con minuciosidad las condiciones de puerto seguro previstas en el proyecto, entre los artículos 12 y 15, con el objeto de que éstas no fueran excesivamente amplias al punto de impedir a los autores y artistas que ejercieran sus derechos legítimos y de debilitar las leyes relativas a la protección de los consumidores³⁶⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, la referida Comisión expresó en dicha oportunidad que las disposiciones del proyecto de DCE materializaban «(...) efectivamente este delicado equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos y quienes actúan como intermediarios»³⁶⁸ (Interés a) vs. Interés b)).

De igual forma, el carácter horizontal de la DCE repercutió en que el ejercicio de equilibrio de intereses, incluyera la consideración de la competitividad a nivel global en la medida en que se pedía al Parlamento clarificar que el puerto seguro dispuesto en beneficio de los intermediarios, no representara un riesgo para los derechos de los autores y otros

³⁶⁷ Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo. (1999). I Informe. Op. cit., p. 75.

³⁶⁸ *Ibidem*.

titulares de derechos, y, así, evitar que los titulares de propiedad intelectual y los creadores de contenidos se hallasen en una posición de desventaja en la competencia mundial³⁶⁹.

A su vez, el Parlamento Europeo enmendó la propuesta del Consejo, particularmente el considerando 16 quinquies, a través de la enmienda 18, que disponía: «Considerando que la presente Directiva encuentra un justo equilibrio entre los diferentes intereses en juego y establece principios sobre los que pueden basarse acuerdos y normas industriales»³⁷⁰. Sin perjuicio de lo anterior, en la redacción definitiva de la DCE, se lee al respecto: «La presente Directiva logra un justo equilibrio entre los diferentes intereses en presencia y establece principios sobre los cuales pueden basarse acuerdos y normas industriales»³⁷¹.

A su tiempo, la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior, en el contexto de la II Recomendación para la Segunda Lectura respecto de la posición común del Consejo con vistas a la adopción de la DCE, refiriéndose a la responsabilidad de los intermediarios de Internet, expresaba que «(...) el equilibrio propuesto por la Comisión es objeto de un acuerdo de las dos partes más afectadas: los derechohabientes y los prestadores intermediarios, aunque cada una de ellas, individualmente habría deseado obtener alguna concesión más de la otra parte»³⁷², lo que configura una verdadera transacción.

En este punto de la fase de diseño de la DCE, el Consejo requirió al Parlamento la aprobación de la posición común del proyecto de Directiva, vinculando la petición de forma directa al fin de equilibrio de intereses de los actores de Internet.

Lo anterior porque, en su concepto, la posición común mantenía un buen equilibrio entre los objetivos de interés general y entre las distintas partes interesadas (en la primera lectura, el Parlamento subrayó su intención de que el equilibrio perseguido se pusiera en tela de juicio), adicionando a su argumentación, que la sección relativa a la responsabilidad de los intermediarios de Internet, aun cuando fue objeto de considerandos explicativos y de

³⁶⁹ *Ibidem*.

³⁷⁰ *Op. cit.* p. 13.

³⁷¹ Considerando 41 de la DCE.

³⁷² Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior. (2000). *Op. cit.*, p. 10.

algunas mejoras menores, no fue modificada en torno al equilibrio contenido en la propuesta inicial³⁷³.

Al respecto, el Parlamento Europeo manifestó su preocupación por mantener el equilibrio a través del marco regulatorio de la DCE³⁷⁴.

Luego, en relación a la proporcionalidad exigida en el ejercicio de equilibrio de intereses, además de establecer un régimen de no responsabilidad/condicionada en beneplácito de los intermediarios de Internet, el legislador europeo dispuso en el artículo 15 de la DCE, que los Estados miembros no podrían imponer a los intermediarios ni una obligación general de monitoreo de los datos que transmiten o almacenan, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividad ilícitas en torno a las actividades de caching, almacenamiento temporal y hosting de los artículos 12 a 14, respectivamente.

Lo anterior es de suma importancia a efectos de subrayar la intención legislativa de no sobrecargar a los intermediarios (en protección del Interés b)) de deberes de supervisión de cara a la protección de la propiedad intelectual de terceros, en consideración de la desproporcionalidad de la referida carga y de los elevados costes de acceso a los contenidos que serían traspasados a los usuarios de Internet³⁷⁵.

Lo anterior se enmarca en la lógica caracterizada por Landes y Posner, en el año 1989, sobre la búsqueda del óptimo social del copyright, equilibrando los bienes de acceso y de incentivos³⁷⁶.

³⁷³ Op. cit. p. 12.

³⁷⁴ « En conclusión, teniendo en cuenta este imperativo de rapidez, así como la preocupación por mantener el equilibrio que se ha alcanzado, parece oportuno que el propio Parlamento adopte esta directiva, en vez de intentar conseguir mejoras que podrían bloquear, o en el mejor de los casos, retrasar, la adopción de la directiva». Op. cit., p. 13.

³⁷⁵ En el mismo sentido, Comisión de las Comunidades Europeas. (2003). Op. cit., p. 15.

³⁷⁶ LANDES, William y POSNER, Richard. (1989). An economic analysis of copyright law. *The Journal of Legal Studies* (18-2): p. 379.

La premisa mayor del esquema propuesto por Landes y Posner, en clave de análisis económico de la propiedad intelectual, es el contraste existente entre la eficiencia estática que importa acceso amplio de los usuarios a un costo marginal y la eficiencia dinámica que exige incentivos para provocar la inversión en nueva información cuyo coste social excede los costos de desarrollo³⁷⁷.

En síntesis, las ideas de Landes y Posner deben hallarse detrás de la construcción de cualquier modelo regulatorio de intermediación, en tanto la protección de la propiedad intelectual no puede superar los beneficios que de ello se devengan para los titulares de los derechos de autor, así como tampoco las cargas contributivas de los intermediarios en pos de la contención de las infracciones a la propiedad intelectual deben superar los beneficios que, a su vez, ellos reciban.

Ahora bien, el propósito de equilibrio de intereses de la legislación europea sobre derechos de propiedad intelectual, se mantuvo en la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, en la medida en que el legislador consideró que sin medios eficaces de protección de la propiedad intelectual, la innovación y la creación se desincentivan y las inversiones se reducen. Así, hizo hincapié en que los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual tienen una importancia capital para el éxito del mercado interior, si bien resulta asimismo esencial garantizar un justo equilibrio entre éstos y otros derechos a proteger en el entorno digital como son la libertad de expresión e información, o el secreto de las comunicaciones, igualmente tutelados por el marco comunitario y constitucional³⁷⁸.

³⁷⁷ *Ibidem*.

³⁷⁸ Considerandos 1, 2 y 3 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual [en línea] Disponible en < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0048&from=ES> > [consulta: 15 septiembre 2019].

b) Implementación

El presente acápite tiene por objeto revisar la implementación de la DCE, particularmente de la transposición de su finalidad de equilibrio de intereses (intereses a) e intereses b)) en un primer momento en la etapa de diseño de algunas legislaciones nacionales de Estados de la Unión.

Al igual que expresamos respecto del fin de tutela cooperativa de la propiedad intelectual en Internet, en el ámbito español, el fin de equilibrio de intereses de las partes involucradas fue implementado desde la DCE, a partir de la LSSICE.

Así las cosas, la funcionalidad del artículo 7° de la citada normativa tiene una doble dimensión: además de perseguir la cooperación de los intermediarios de Internet en la contención de las infracciones digitales, se propone la consecución del justo equilibrio de los intereses involucrados en la prestación de servicios de la información.

En este orden de ideas, la libre prestación de los servicios de intermediación, configura una clara inclinación hacia los intereses de los intermediarios, permitiéndoseles desarrollar su modelo de negocio en el espacio digital. Cabe agregar que la libertad económica se asegura respecto de intermediarios establecidos en países miembros de la Unión Europea, pero también respecto de quienes se ubiquen en países no miembros de la CE, empero, sujetos a los tratados internacionales que resulten de aplicación.

Por su parte, el artículo 8° de la LCCSI cumple con la misma duplicidad funcional respecto de los fines del modelo regulatorio de la DCE, de suerte que en dicha disposición, el legislador español se inclina al favorecimiento de los intereses de los titulares de derechos.

Esto porque impone cargas colaborativas a los intermediarios de Internet en auxilio de la tutela de los derechos vulnerados en el ámbito digital, de entre los cuales incluye los de propiedad intelectual (artículo 8.1 letra e) de la LSSICE).

A mayor abundamiento, el inciso final del numeral 1 del citado artículo 8° de la LSSICE, asegura la no afectación de las libertades inherentes al ejercicio de derechos en el

ámbito digital, sin mediar intervención judicial al respecto³⁷⁹, lo que importa una compensación proporcional al tratamiento de los derechos de las diversas partes de Internet.

Luego, el deber de información establecido en el artículo 10º de la LSSICE involucra en el ejercicio de equilibrio de intereses, el régimen de no responsabilidad/condicionada que beneficia a los intermediarios de Internet, respecto de los intereses de los titulares de derechos, al determinar que éstos deben proporcionar información a la que se pueda acceder por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita, algunos datos que permitan su identificación e información relativa a la calidad con la que actúa en el ámbito digital.

Con todo, no es sino el artículo 11 de la normativa en comento el que pone de relieve el equilibrio legislativo entre los intereses de los titulares de derechos y los intermediarios, al propender a la protección de los derechos involucrados, dentro de los cuales caben los de propiedad intelectual, estableciendo deberes de asistencia de los intermediarios para con la autoridad competente.

Del mismo modo, como contrapartida del régimen limitativo de responsabilidad de los intermediarios de Internet, la LSSICE exige a éstos últimos que informen a los cibernautas (dentro de los cuales se encuentran los autores y titulares de derechos de propiedad

³⁷⁹ Lo anterior es consistente con lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, que exige las condiciones de debido proceso y reserva judicial en la afectación de derechos humanos (artículo 8.1). Por su parte, el informe anual del año 2013 de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, denominado «Libertad de Expresión en Internet», expresó en el considerando 106 que «(...) los esquemas de inmunidad condicionada resultan compatibles con el marco de la Convención en la medida en que establezcan garantías suficientes para la protección de la libertad de expresión y el debido proceso de los usuarios, y no impongan obligaciones difusas o desproporcionadas a los intermediarios. Específicamente, la exigencia de remover contenidos por parte de los intermediarios, como condición para no ser considerados responsables por una expresión ilícita, solamente debería proceder cuando sea ordenada por una autoridad judicial o de naturaleza similar, que opere con suficientes garantías de independencia, autonomía e imparcialidad y que tenga la capacidad para evaluar los derechos en juego y ofrecer las garantías necesarias al usuario. En ese sentido ya se han pronunciado los Relatores para la Libertad de Expresión en la Declaración conjunta sobre libertad de expresión en Internet». Véase en Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). Informe anual de la relatoría especial para la libertad de expresión [en línea] Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/2014_04_22_IA_2013_ESP_FINAL_WEB.pdf> [consulta: 13 enero de 2019].

intelectual) sobre las medidas técnicas de seguridad de la información, teniéndose por cumplida dicha obligación si el intermediario publica dicha información en su página o sitio web (artículo 12 bis de la LSSICE).

Sin perjuicio de todo lo anterior, el legislador español implementó el régimen de responsabilidad que determina el rol de los intermediarios de Internet en el modelo regulatorio de la DCE, a partir del artículo 13, sujetando su actuar en la escena digital y en la protección de los derechos digitales, a las condiciones diseñadas por el legislador comunitario.

Precisamente el régimen de no responsabilidad/condicionada a la que se sujetan los intermediarios de Internet, pretende velar por el equilibrio entre los derechos de los proveedores de contenidos, titulares de derechos e intermediarios de Internet.

Y es que compete a los Estados miembros, en su tarea de adaptación de las normativas comunitarias, resguardar la afectación de los derechos envueltos en la implementación de la reglamentación a fin de procurar el debido equilibrio. En tal sentido se ha pronunciado el TJUE³⁸⁰.

Siguiendo en el desarrollo del fin en comento en el ámbito español, a partir de la reforma del TRLPI por la Ley 23/2006, de 17 de julio de 2006, que tuvo por finalidad implementar la Directiva 2001/29/CE (hoy modificada por la Directiva 790), relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, la legislación española reforzó en su

³⁸⁰ «El Tribunal de Justicia ya ha declarado que, cuando diversos derechos fundamentales entren en conflicto, corresponde a los Estados miembros, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico a una Directiva, procurar basarse en una interpretación de ésta que garantice un justo equilibrio entre los derechos fundamentales aplicables, protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión. Posteriormente, al aplicar las medidas de adaptación del ordenamiento jurídico interno a dicha Directiva, corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no sólo interpretar su Derecho nacional de conformidad con aquélla, sino también procurar no basarse en una interpretación de la misma que entre en conflicto con dichos derechos fundamentales o con los demás principios generales del Derecho de la Unión, como el principio de proporcionalidad (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de enero de 2008, Promusicae, C-275/06, Rec. p. I-271, apartado 68)» Véase en TJUE. (2014): Sentencia C-314/12 (UPC Telekabel Wien GmbH vs. Constantin Film Verleih GmbH y Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH, considerando 46.

normativa de propiedad intelectual, el fin de equilibrio entre la protección de los derechos de propiedad intelectual frente a posibles vulneraciones y los derechos de libre desarrollo de los modelos de negocios de Internet³⁸¹.

En efecto, el considerando 31 de la Directiva 2001/29/CE (en adelante «Directiva 2001-29») establece la garantía del «justo equilibrio entre los derechos e intereses de las diferentes categorías de titulares de derechos y usuarios de prestaciones protegidas», invitando a los Estados miembros a re-evaluar las excepciones y limitaciones a los derechos vigentes en ese momento, ante los avances logrados en el ambiente electrónico³⁸².

Este considerando tuvo dos manifestaciones claras en la normativa de la Directiva 2001-29, esto es, el artículo 6° que establece obligaciones para los intermediarios relativas a la implementación de medidas tecnológicas y el artículo 7° sobre obligaciones de información para la gestión de derechos.

La lógica que envuelve a ambas normas, es que las nuevas tecnologías –nuevas al tiempo de su vigencia– otorgan oportunidades de creación y difusión de obras, empero, también aumentan las posibilidades de infracción a la propiedad intelectual, por lo que los titulares deben estar premunidos de las herramientas técnicas disponibles para impedir actos no autorizados y sujetos a derechos exclusivos, condicionando el acceso al contenido protegido³⁸³.

³⁸¹ En el mismo sentido, véase a ZANATA, Alberta. (2017). El derecho de la propiedad intelectual en la era digital. Tesis para optar al grado de máster en el ejercicio de la abogacía, Facultad de Derecho, Universidad de la Rioja, p. 26.

³⁸² Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 167/10 [en línea] Disponible en <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0029&from=ES>> [13 enero 2019].

³⁸³ LÓPEZ GONZÁLEZ, Jesús. (2015). ¿Consumes cultura? La propiedad intelectual en la era digital. Tesis para optar al grado de doctor en Derecho, Departamento de Derecho Público y Ciencias Historicojurídicas, Universidad Autónoma de Barcelona, p. 135.

Por su parte, tal como adelantamos en la parte introductoria del presente estudio, Francia implementó la DCE a través de su Leyes 2000/719 y 575/2004, del 21 de junio de 2004, para la confianza de la economía digital.

La primera de las legislaciones mencionadas, es decir, la Ley 2000/719, relativa a la libertad de comunicación, vertebró un sistema proteccionista en favor de los autores y titulares de derechos de propiedad intelectual.

En efecto, en Francia se ha apuntado al respecto: «La ley de 1 de agosto sobre la libertad de comunicación obliga a proveedores de acceso y a proveedores de alojamiento a controlar los contenidos»³⁸⁴.

Con todo, en el contexto de construcción de la ley que venía a implementar la DCE, el Sénat francés, señaló que el Capítulo II de la norma, tenía entre sus objetivos el establecer las obligaciones y responsabilidades de los intermediarios que intervienen en el marco de una comunicación en línea³⁸⁵.

Por su parte, en la Ley 575/2004, la responsabilidad de los intermediarios de Internet es regulada a partir del artículo 6° que, al igual que el caso español, traspone la carga contenida en la DCE de informar a los usuarios la existencia de medios de seguridad.

Tal como apuntamos al referirnos a la legislación española, lo anterior responde a la inclinación legislativa europea por la protección de los derechos envueltos en el marco de la economía digital.

Sin perjuicio de lo antes señalado, el equilibrio es, pretendidamente, restablecido a través de las limitaciones de responsabilidad de los intermediarios por las infracciones cometidas por sus usuarios. En efecto, el numeral 2 de la misma disposición prevé que las personas físicas o jurídicas que, aun de forma gratuita, ofrecen servicios de comunicación en

³⁸⁴ Le monde. (2000). Nouvelles obligations pour les acteurs de l'Internet [en línea] Disponible en <https://www.lemonde.fr/archives/article/2000/09/04/nouvelles-obligations-pour-les-acteurs-de-l-internet_91051_1819218.html> [consulta: 2 junio de 2020].

³⁸⁵ Sénat. (2000). Chapitre II. Les Prestataires Techniques [en línea] Disponible en <<https://www.senat.fr/rap/a02-351/a02-35110.html>> [2 junio de 2020].

línea al público y almacenamiento de información, no son responsables de las actividades o información almacenada, mientras no sean conscientes de su naturaleza manifiestamente ilegal o si, teniendo consciencia, actúan de inmediato para retirar esos datos o hacer imposible el acceso a ellos.

Como contraexcepción, pero siempre en búsqueda del equilibrio entre interés a) e interés b), el artículo 6° de la Ley 575/2004, agrega que la responsabilidad por la infracción a los derechos digitales recae en el intermediario, cuando el infractor actúa bajo su autoridad o control.

El legislador francés establece la limitación de responsabilidad, también en sede penal³⁸⁶.

Resulta interesante, en el plano de la construcción de la ley de implementación francesa de la DCE, que el equilibrio de intereses de las partes involucradas en las infracciones digitales sea calibrado también a través del mecanismo sancionatorio de la mala fe en el aviso de material infractor, hecho con el propósito de obtener el retiro de la información, así como la detención de su difusión; cuyas sanciones asociadas son penas privativas de libertad (hasta un año) y una multa (de 15,000 euros).

Lo anterior permite advertir la proyección del fin de equilibrar los derechos e intereses de los actores de Internet, alentando las buenas prácticas comerciales de índole digital.

A propósito del requisito de no conocimiento de la infracción del intermediario para excluir su responsabilidad, la normativa francesa establece los márgenes sustanciales del aviso de datos o actividad infractora, lo que en gran medida incentiva el autocuidado de los creadores en la protección de sus derechos³⁸⁷.

³⁸⁶ «Les personnes visées au 2 ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée à raison des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance du caractère manifestement illicite de l'activité ou de l'information ou si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible». Artículo 6.3 de la Ley 575/2004 para la confianza de la economía digital.

³⁸⁷ Artículo 6.5 de la Ley 575/2004 para la confianza de la economía digital.

Luego, el artículo 7° de la ley en comento, determina la no obligación general de los intermediarios de monitorear la información que transmiten o almacenan, así como la no obligación general de buscar hechos o circunstancias que revelen actividades ilegales, de forma idéntica al artículo 15 de la DCE.

Tradicionalmente se ha apuntado la necesidad de que la propiedad intelectual sea considerada como un sistema en el cual conviven los derechos individuales y sociales³⁸⁸, así lo expresamos en el tratamiento genérico del fin de equilibrio de intereses como objetivo del diseño de los modelos regulatorios vigentes. Sin perjuicio de lo anterior, la creación y difusión de creaciones por la red, imponen la inclusión de un tercer actor en el juego de equilibrio, esto es, el intermediario de Internet.

En otros puntos de referencia europeos, como en el Reino Unido, la DCE fue implementada por la Electronic Commerce Regulations N° 2013, del año 2002, replicando la técnica legislativa ya descrita sobre la obligación de los intermediarios de Internet de proporcionar información a los usuarios que permita el conocimiento de su identidad y calidad con la que actúan en Internet (artículo 6° de la Ley 2002/2013), agregando en su artículo 13 que el incumplimiento de los deberes de información puede dar pie a una acción de perjuicios contra el intermediario.

Luego, los artículos 17, 18 y 19 prevén el mecanismo de puerto seguro a los intermediarios de mera conducción, caching y hosting, respectivamente.

Sin embargo, el artículo 20 introduce una cláusula de balance, dejando a salvo:

- a) Que una persona acuerde términos contractuales diferentes.
- b) Que no se vean afectados los derechos de las partes de solicitar intervención judicial para prevenir o detener la violación de cualquier derecho.

³⁸⁸ LEMIEUX, Thomas. (2018). L'Équilibre du droit d'auteur à la lumière des droits fondamentaux. *Chronique classée dans Droit Civil patrimonial* (10): p. 1 [en línea] Disponible < <http://www.revuedlf.com/droit-civil-patrimonial/lequilibre-du-droit-dauteur-a-la-lumiere-des-droits-fondamentaux/> > [consulta: 2 junio de 2020].

c) Que la autoridad administrativa prevenga o detenga la violación de cualquier derecho.

En tal caso, el modelo regulatorio de la DCE se implementa en el Reino Unido resguardando la posibilidad de recurrir ante autoridad competente para los titulares de derechos de autor, lo que cobra relevancia ante la falla del procedimiento de aviso del titular de propiedad intelectual al intermediario.

En dicha lógica, la Ley 2002/2013, determina las bases para que el tribunal considere que el intermediario ha tomado conocimiento efectivo, esto es, que el intermediario haya recibido aviso de la infracción; que dicho aviso incluya información completa del denunciante, de la ubicación de la información infractora y sobre la naturaleza de la ilegalidad que se denuncia³⁸⁹.

En suma, tanto el diseño de la DCE como el diseño de la implementación en los Estados miembros aquí referida, ha perseguido el equilibrio adecuado entre los intereses de los creadores y usuarios, por una parte, y el de los intermediarios de Internet por la otra.

Finalmente, resta hacer presente que los matices impuestos por la PDMUD y la Directiva 790 al modelo europeo, serán analizadas en el capítulo siguiente, en razón del aporte que aquellas Directivas entregan al estudio de la adecuación de los fines de los modelos regulatorios vigentes.

³⁸⁹ Artículo 22 The Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002 [en línea] Disponible en <<http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2002/2013/regulation/22/made>> [2 junio de 2020].

CAPÍTULO CUARTO

ADECUACIÓN DE LOS FINES DE LOS MODELOS REGULATORIOS EN BASE A LA REALIDAD DIGITAL VIGENTE

«Una razón por la que las matemáticas gozan de especial estima, sobre todas las otras ciencias, es que sus leyes son absolutamente ciertas e indiscutibles, mientras que las de las otras ciencias son hasta cierto punto debatibles y en peligro constante de ser derrocadas por hechos recién descubiertos».

Albert Einstein.

1. Ideas preliminares

El presente capítulo tiene por objeto analizar la adecuación de los fines de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales, en el marco de la protección de la propiedad intelectual en Internet, en consideración de los antecedentes fáctico-digitales que hoy presiden las relaciones y el funcionamiento del ciberespacio a la luz de los cambios tecnológicos, modelos de negocio y prácticas vigentes, con especial énfasis en los intermediarios de acceso masivo a contenidos en línea.

El régimen de intermediación de contenidos digitales que recoge la DMCA y la DCE, fue diseñado para abordar situaciones de transmisión, caché, alojamiento y búsqueda de contenidos en donde el intermediario tradicional proporcionaba el espacio digital a partir del cual los contenidos estaban disponibles para un suscriptor en su servidor. En este escenario, resultaba desconocido para el intermediario que ese espacio era utilizado por el usuario para descargar, almacenar y, eventualmente, copiar de forma ilegal los contenidos. Este es el intermediario al cual la DMCA y la DCE liberaron de responsabilidad.

Dentro del mundo digital la estructura tradicional debía su funcionamiento a la relación triangular existente entre los intermediarios de Internet, los proveedores de contenidos y los usuarios, todas partes independientes, mínimamente relacionadas entre sí de forma unidireccional.

Fueron aquellas condiciones tecnológicas las que impulsaron causalmente el diseño de los dos grandes modelos regulatorios de intermediación de contenidos en plataformas digitales en el marco de la protección de los derechos de autor.

Según hemos venido insistiendo, dichos modelos regulatorios responden a un esquema que construye el contenido normativo y configurativo del rol de los intermediarios en la contención de las infracciones a la propiedad intelectual de terceros, conjugando los antecedentes fácticos presentes a la época en que se diseñaron (hacia finales de la década de los 90'), compuestos por la realidad tecnológica entonces vigentes y los fines que definieron su diseño y a los cuales apuntaba el éxito del modelo.

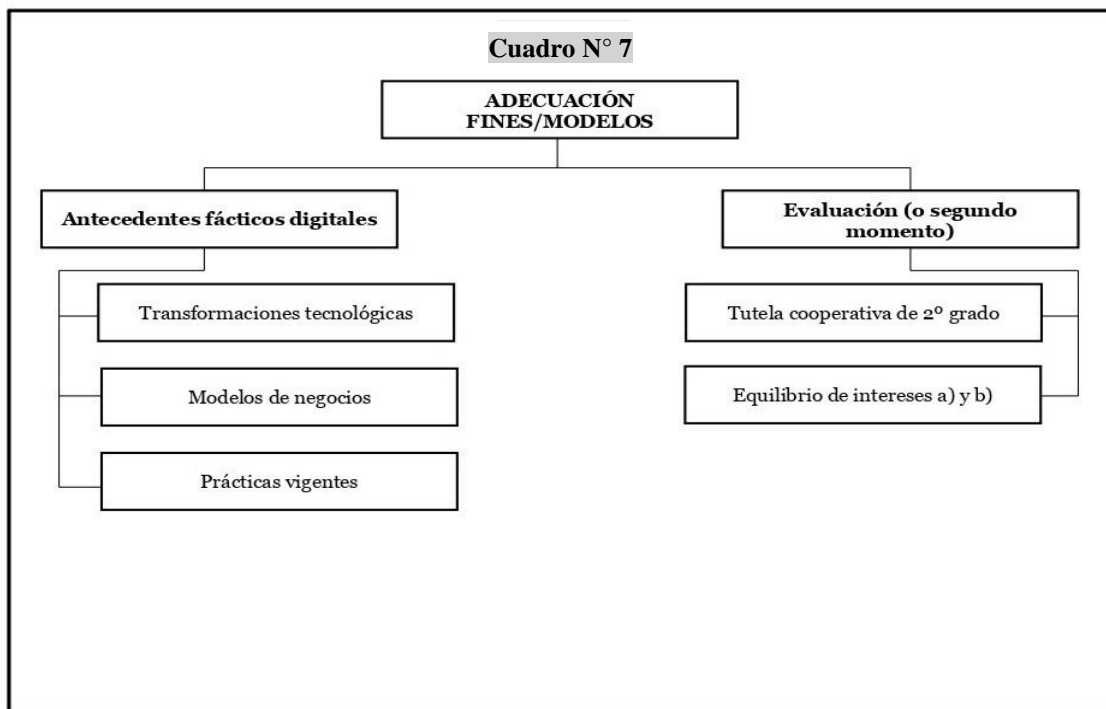
En efecto, cuando uno de los elementos del esquema varía, resulta válido preguntarse por las consecuencias que dicha variación tiene en las finalidades previstas por el legislador de los modelos regulatorios. En otros términos, los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales se construyen en base a antecedentes o supuestos fácticos que han cambiado en brazos de la realidad digital moderna, afectando la adecuación de la estructura normativa de los modelos en la prosecución de los fines de su diseño.

Este es, precisamente el ámbito que dirige la presente investigación, es decir, el de la transformación de la intermediación digital en virtud de las nuevas tecnologías, los modelos de negocios y las prácticas actuales que tensionan la adecuación de los modelos regulatorios que construyeron los estándares de protección a los derechos de autor, en base a dos elementos centrales: a) condiciones de puerto seguro o safe harbor para los intermediarios de internet, en cuya virtud no son responsables a condición de que cumplan con los requisitos previstos por los mismos modelos e, b) no obligación de monitorear los contenidos generados por terceros.

Esto porque, según adelantáramos en la parte introductoria del presente estudio, resulta imperioso dar relectura a los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales vigentes, en razón de dos fenómenos justificatorios del precitado proceso.

El primero, es causal del segundo: la transformación de los antecedentes fáctico-digitales durante las últimas décadas, impulsada principalmente por la centralización de funciones de intermediación desarrollada por los proveedores de acceso masivo de contenidos en línea. El segundo, efecto del primero: la inadecuación de los modelos regulatorios para con los fines previstos en su morfología normativa.

Por tanto, la fórmula de intermediación de los modelos regulatorios se estudiará a partir de la transformación de los antecedentes de realidad digital y de los fines de tutela cooperativa de la propiedad intelectual en Internet y del equilibrio de intereses de las partes involucradas, bajo el prisma del segundo momento propuesto en nuestro esquema, es decir, el de la revisión de la adecuación, según se expresa en el siguiente cuadro.



2. Transformación de las funciones de intermediación de contenidos digitales

A partir de la adopción de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales, los respectivos marcos regulatorios se han enfrentado a nuevos desarrollos tecnológicos.

La veloz expansión de la red inalámbrica y la banda ancha han permeado el ambiente digital a una conectividad permanente, resultante de la omnipresencia de Internet, así como de la creciente dependencia de su funcionamiento en los diferentes ámbitos de la vida de las personas.

Internet ha sido el creador de nuevos y complejos tipos de interacción, lo que justifica la revisión de las formas tradicionales de relaciones entre los diversos actores. Así, a partir del advenimiento de la Web 2.0, el desarrollo evolutivo de las comunidades en línea permite la creación de nuevos modelos de negocio que dependen de la información agregada y del conocimiento acumulativo.

Apple, Microsoft y Google, paradigmas de la denominada economía digital, se han posicionado dentro de las empresas con mayor capitalización bursátil del mundo³⁹⁰. Lo anterior es una manifestación de la relevancia actual de los procesos de digitalización adoptados por las empresas en un contexto en donde el tiempo y el conocimiento se han convertido en dos de los valores más preciados.

Por tanto, teniendo en cuenta el avance de la tecnología e inteligencia artificial es de esperar que esta tendencia se mantenga y se acelere aún más.

³⁹⁰ CERREZO, Pepe et al. (2014). Sobre la transformación digital y su impacto socioeconómico. Revista Adigital, p. 7 [en línea] Disponible en <https://rocasalvatella.com/app/uploads/2014/12/rs-transf_digital_cast_3_0.pdf> [consulta: 7 noviembre 2020].

2.1 La intermediación a la que se enfrentaron los modelos regulatorios

Transcurridas dos décadas desde la configuración e implementación de los modelos regulatorios de la DMCA y de la DCE, la evolución de la escena digital ejerce fuerte presión sobre el diseño de la determinación del rol que desempeñan los intermediarios de contenidos en Internet en torno a la protección de los derechos de autor en línea.

La fuente de la intermediación de principios de los años 90' se basa en una intermediación esencialmente pura en la que se proveen los servicios de mera transmisión, alojamiento temporal o caching, hosting y de referenciación, permitiendo que los contenidos de terceros circulen, se alojen o sean accesibles en la red.

En tal sentido, la intermediación se inserta dentro del ámbito de la función necesaria para el tránsito de la información, desde el iniciador del contenido hacia el receptor del mismo, en tanto, su funcionalidad se aboca al aspecto técnico de la transmisión de datos, sin intervención alguna del intermediario en la cadena de contenidos digitales³⁹¹, ergo, se trata aquí de un rol análogo al de una carretera, razón por la cual se caracterizó al intermediario puro como «autopista de la información»³⁹².

Así las cosas, los debates jurídicos en torno al rol de los intermediarios de Internet en el marco de la propiedad intelectual de terceros emergió a partir de las decisiones judiciales de los noventa.

Aun cuando la World Wide Web iniciaba su funcionamiento en el año 1989³⁹³, hacia los primeros años de la década siguiente, la preocupación de los titulares de derechos de autor por la inmediatez dispuesta por Internet para la lesión de sus derechos, se contraponía a la de los intermediarios de Internet, a quienes aquejaba la posibilidad de ser sujetos pasivos de

³⁹¹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Nuria. (2005). La cadena de valor en Internet. Análisis de su estructura y agentes participantes. *Revista Contratación Electrónica* (62): pp. 65-88.

³⁹² MONCADA FLÓRES, Juan Pablo. (2009). La responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Granada, p. 30.

³⁹³ TABARÉS GUTIÉRREZ, Raúl. (2012). El inicio de la web: historia y cronología del hipertexto hasta HTML 4.0 (1990-99). *Revista ArtefaCToS* (5-1): p. 59.

demandas por responsabilidad por la infracción a la propiedad intelectual cometida por sus usuarios.

En dicho contexto, bajo la lógica de la responsabilidad del «dance hall»³⁹⁴ o «gatekeeper»³⁹⁵, los intermediarios de Internet eran categorizados como eventuales infractores secundarios en la medida en que «sabían o debían saber» sobre la infracción directa³⁹⁶, aun cuando aquello no se tradujera en un conocimiento específico de la actividad ilícita.

Entonces los modelos regulatorios de contenidos digitales se enfrentaban a tres cuestiones infranqueables en la determinación del rol de los intermediarios: i) a la expansión digital de unas pocas super-computadoras en 1969 a 9.400 millones de usuarios de Internet en el año 1996³⁹⁷, en acceso abierto a nuevas formas de lesión de los derechos de propiedad intelectual, ii) a la disonancia jurisprudencial en torno al tópico de la responsabilidad de los intermediarios y, iii) a la presión que ejercían los intermediarios en orden a que se les inmunizara legislativamente de responsabilidad por las infracciones a los derechos de autor cometidas por sus usuarios, en el entendido de que actuaban como meros conductores de contenidos.

³⁹⁴ La doctrina del «dance hall» era utilizada por los tribunales norteamericanos para explicar la responsabilidad del propietario del salón de baile por las infracciones a la propiedad intelectual cometidas por una banda musical (que atraía clientes y ganancias al propietario) y que infringía derechos de propiedad intelectual de terceros. Véase en Shapiro, *Bernstein Co. v. H.L. Green Company* 316 F.2d 304 (2d Cir. 1963).

³⁹⁵ En términos generales, la doctrina del «gatekeepers» en materia de copyright, proviene de ciertas teorías planteadas a fines de la década de los ochenta, en torno a la responsabilidad que le cabe al guardián por las conductas infractoras de otros, ejerciendo un rol de control y disuasión respecto de quienes cuyas conductas es capaz de controlar. Véase en KRAAKMAN, Reinier. (1986). *Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy*. *Journal of Law, Economics, & Organization* (2-1): pp. 53-104. En particular, en materia de propiedad intelectual en Internet, los tribunales estadounidenses condenaron a los intermediarios cuando existían hechos o circunstancias que hacían presumir que éste estaba involucrado en la conducta infractora del usuario. Véase en *A&M Records, INC., v. Napster, Inc* 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2000).

³⁹⁶ En este sentido, *Cable/Home Communication Corp. vs. Network Prods., Inc.*, 902 F.2d 829, 845 & 846 n. 29 (11th Cir.1990) y *Religious Tech. Ctr. vs. Netcom On-Line Communication Servs., Inc.*, 907 F.Supp. 1361, 1373-74 (N.D.Cal.1995).

³⁹⁷ En *Reno vs. American Civil Liberties Union*, la Corte de Apelaciones de Pennsylvania dedicó un apartado especial de su fallo para explicitar los caracteres de la expansión de Internet en la época. Véase en *Reno vs. ACLU.*, 929 F. Supp. 824, 830 n.9, 842 n.15 (E.D. Pa. 1996), *affd*, 521 U.S. 844 (1997).

El primer acercamiento a la precitada determinación surgió por iniciativa del Presidente Clinton, en el año 1993, quien estableció un «Information infrastructure Task Force» o «IITF» cuya finalidad era asistir al desarrollo de la «National Information Infrastructure» o «NII»³⁹⁸, para integrar todas las computadoras, teléfonos radios y máquinas de fax de Estados Unidos.

En dicho contexto, se creó un subcomité denominado «Working Group on Intellectual Property Rights», cuyo trabajo arrojó como producto el «White Paper» en examen del funcionamiento de los derechos de propiedad intelectual en Internet.

El referido libro blanco examinaba las posibilidades de eximir a los intermediarios de Internet de responsabilidad bajo diversas luces o matices. En principio, podían ser liberados de responsabilidad por toda actividad ilícita que se materializada en sus redes o, en cambio, podía limitarse su responsabilidad, a través de un estándar más alto, a aquellos casos en que existía contribución a la infracción o en que podía comprobarse que el intermediario tenía conocimiento real de la actividad ilícita y capacidad y autoridad para terminar tal actividad, combinando los requisitos de la responsabilidad contributiva con los del régimen de responsabilidad indirecta³⁹⁹.

La precedente evaluación caracterizaba a las entidades de intermediación de Internet como incapaces de monitorear el contenido transmitido o alojado en sus redes, en razón del colosal volumen de dicha información e incapaces de identificar el material infractor aun cuando el monitoreo fuera posible, en suma, incapaces de realizar un monitoreo o filtraje de contenido de manera simultánea.

³⁹⁸ La NII corresponde a una iniciativa federal de alta prioridad consistente en combinar redes de comunicaciones, computadoras, bases de datos y consumidores electrónicos a fin de brindar servicios de información a todos los ciudadanos norteamericanos, a fin de mejorar los servicios gubernamentales y sociales, incluyendo sistemas informáticos capaces de realizar billones de operaciones por segundo y redes capaces para transmitir miles de millones de bits, apoyando a centros de investigación. Al respecto véase en LINDBERG, Donald. (1995). HPCC and the National Information Infrastructure: an overview. Bull Med Libr Assoc (83-1): pp. 29-31.

³⁹⁹ Working Group on Intellectual Property Rights. (1995). Intellectual Property and the National Information Infrastructure [en línea] Disponible <https://www.eff.org/files/filenode/DMCA/ntia_dmca_white_paper.pdf> [consulta: 2 junio de 2020].

En este sentido, la intermediación de la época aludía a una entidad similar a los vendedores de libros o discos, imposibilitados de leer todos los libros y de escuchar todos los discos que venden⁴⁰⁰.

Sin embargo, el White Paper concluyó que, ante la inocencia de los titulares de derechos de propiedad intelectual por la infracción a sus derechos, los intermediarios de Internet se encontraban en la mejor posición para prevenir y detener la vulneración⁴⁰¹.

Lo cierto es que la función de intermediación que el White Paper tuvo a la vista fue la de un intermediario de host al cual los suscriptores pagaban por el servicio prestado, recibiendo recompensa pecuniaria por la actividad infractora⁴⁰² (excluyendo la figura del intermediario de mera conducción⁴⁰³), por lo que definieron la recomendación de implementación de medidas preventivas de cumplimiento del copyright a través de mecanismos tecnológicos⁴⁰⁴.

Ciertamente la DMCA no recogió la recomendación del White Paper y estableció un régimen centrado en una funcionalidad de intermediación alrededor de la denominada Web 1.0.

La denominada Web 1.0 o web estática permitía a los usuarios leer los contenidos ofrecidos por su autor o editor de la web (webmaster), a través de una vinculación unidireccional y vertical. En este orden de ideas, los usuarios actuaban como meros consumidores de contenidos.

La referida verticalidad dice relación con la estructura jerárquica adoptada por la Web 1.0, con una página principal que conducía a diferentes páginas secundarias, potenciada por

⁴⁰⁰ Op. cit. p. 116.

⁴⁰¹ Op. cit., p. 117.

⁴⁰² Así, véase en Op. cit., p. 118.

⁴⁰³ Op. cit., p. 122.

⁴⁰⁴ Op. cit., p. 124.

hipertextos y funciones de búsqueda interna⁴⁰⁵. Frente a ello, en el año 1991, Linder y Cahil de la Universidad de Minnesota desarrollaron el sistema Gopher que permitía la creación de una estructura en forma de árbol, manipulada desde un menú, en donde la información o contenido parecía provenir de un mismo sitio, mediante metodología de lista de enlaces⁴⁰⁶.

En otros términos, la Web 1.0 responde el modelo de funcionamiento original de Internet, reducida a la lectura de páginas web, sin que el usuario pueda interactuar de otra manera con el contenido (v.gr. no puede comentarlo).

La tecnología utilizada en dicho entorno se basaba en protocolos web centrales (HTML⁴⁰⁷, HTTP⁴⁰⁸, URI⁴⁰⁹, XML, XHTML y CSS). Por su parte, la información contenida en las páginas web debía actualizarse cada vez que se ingresaba nueva información, esto porque la Web 1.0 no permitía comunicaciones bidireccionales, restringiendo su uso al modelo de extracción de cliente (HTTP)⁴¹⁰ y a las cuales se accedía por medio de los navegadores tradicionales (Internet Explorer y Netscape).

Ahora bien, la intermediación de esta tipología de Web responde motores de búsqueda (v.gr. World Wide Web, de 1993 y WebCrawler, de 1994, el primer motor de búsqueda para buscar en el texto de la página web, AltaVista y Google, ambos de 1998); directorios (v.gr. Yahoo, de 1994); sitios web empresariales y corporativos donde se alojaba información de negocios.

⁴⁰⁵ SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, María. (2017). Web social colaborativa y sus implicancias socioculturales. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, p. 32.

⁴⁰⁶ CAÑEDO, Andalia. (2004). Aproximaciones para una historia de Internet. Revista ACIMED (12-1): p. 11.

⁴⁰⁷ HyperText Markup Language o lenguaje de marcas, utiliza una representación estándar de documentos de hipertexto, permitiendo formatear el texto, integrar imágenes y referenciar otros documentos.

⁴⁰⁸ HyperText Transfer Protocol, permite a los actores de Internet comunicarse de forma estándar y definida, definiendo el formato y significado de mensajes intercambiados.

⁴⁰⁹ El Uniform Resource identifier identifica los recursos Web para su acceso y manipulación, constando, en general, de tres partes: protocolo, nombre del servidor y nombre del recurso.

⁴¹⁰ NATH, Keshab et al. (2014). Web 1.0 to Web 3.0. Evolution of the Web and its various challenges. International Conference on Optimization, Reliability, and Information Technology (ICROIT), p. 1.

Poco antes de la entrada en vigencia de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales, algunos sitios de host incluyeron el “store” a través del cual los usuarios podían comprar en línea (v.gr. Dell en 1996 y Apple en 1997)⁴¹¹.

Con todo, ya a partir del año 1995, algunos desarrollos tecnológicos permitieron la comercialización en Internet, a través de «Secure Sockets Layer»⁴¹², que permitía realizar transacciones en línea y en dicha escena dos modelos de negocios se incorporaron al mercado digital: eBay en 1996 y Amazon.com., en el año 1995, ambos intermediarios de host, pero principalmente de comercio electrónico, sirviendo como plataforma para la compra y venta en línea⁴¹³.

En el año 1996 HoTMail (originalmente el nombre de la plataforma utilizaba mayúsculas como guiño al lenguaje HTML), apareció como el primer servidor de e-mail en línea⁴¹⁴.

Otra forma común de intermediación de la época eran los blogs a través de los cuales, proveedores de contenidos compartían información con los usuarios de Internet, a través de páginas web estáticas. A partir del año 1997 se acuña el término «weblog», para hacer

⁴¹¹ CORINO LÓPEZ, Cristina. (2017). Evolución de la Web 2.0 a la 3.0, y su impacto en la empresa. Tesis para optar al grado en Administración y Dirección de Empresa, Universidad de Cantabria, p. 14.

⁴¹² Secure Sockets Layer y Transport Layer Security (SSL/TLS) es una familia de protocolos que proporcionan servicios de seguridad a una conexión TCP, compuesta por tres etapas: a) establecimiento de conexión; b) transferencia de datos y, c) fin de la conexión. Estos protocolos funcionan encima de la conexión TCP, de manera que se basan en una conexión o stream de datos fiables, sin ocuparse de secuencias de paquetes ni de la retransmisión o timeouts. Véase en ORTEGA MARTORELL, Sandra y CANINO GUTIÉRREZ, Liusbetty. (2006). Protocolo de seguridad SSL. Revista Industria (27-3): pp. 57-62.

⁴¹³ A partir del año 2000, Amazon Web Service ofrece una serie de servicios en línea, como almacenamiento, bases de datos, análisis de datos, aplicaciones e implementaciones. Así, desarrolla su modelo de negocio a través de Amazon Market Place, Amazon Kindle y Amazon contenidos. BARNES, Rodrigo. (2018). Invertir en Amazon y en su modelo de negocio horizontal [en línea] Disponible < <https://rodrigoibarnes.com/2018/01/29/modelo-negocio-amazon/>> [consulta: 2 junio de 2020].

⁴¹⁴ Sobre el funcionamiento de los proveedores de servicio de correo electrónico, véase a SWIRE, Peter et al. (2016). Online privacy and ISPS: ISP acces to consumer data is limited and often less than access by others. Working Paper of the Institute for Information Security & Privacy at Georgia Tech [en línea] Disponible < https://iisp.gatech.edu/sites/default/files/images/online_privacy_and_isps.pdf> [consulta: 2 junio de 2020].

referencia a sitios web organizados mediante cronología inversa, destacando la actualización frecuente y el estilo personal de la escritura⁴¹⁵.

Luego, y de cara a la tecnología que permitía compartir archivos, en el año 1999 nace Napster, que posibilitaba el intercambio de música a través de Internet, mediante la tecnología «file sharing technology»⁴¹⁶, en cuya virtud se constituía como un intermediario que otorgaba las coordenadas u hoja de navegación que servía para guiar a los cibernautas en el acceso a los archivos de otros usuarios.

En tal sentido, Napster inauguraba el paradigmático sistema peer to peer centralizado, donde cada usuario obraba como proveedor y consumidor de contenidos, con una cobertura mundial e ilimitada⁴¹⁷.

Como aparece de lo expuesto hasta aquí, los estatutos instruidos por los modelos regulatorios del año 98' y 2000, son diseñados antes de la aparición o surgimiento de la nueva generación de intermediación de contenidos digitales, por lo que, a pesar de la flexibilidad intencionada con que ambos modelos se redactaron, lo cierto es que los efectos del desarrollo tecnológico fueron difíciles de prever.

⁴¹⁵ «El término weblog fue acuñado por Jorn Barger y aparece recién en diciembre de 1997 en su sitio Robot Wisdom para designar una colección de enlaces a sitios interesantes que había descubierto navegando por la Red». ORIHUELA, José Luis. (2006). La revolución de los blogs. Cuando las bitácoras se convirtieron en el medio de comunicación de la gente. Madrid, Editorial la Esfera de los Libros, p. 40.

⁴¹⁶ La tecnología file sharing permite el intercambio de todo tipo de archivos (v.gr. audio, textos, multimedia). El software que desarrolló Shawn Fanning y que fue popularizado por Napster es un tipo de estos programas de intercambio. Véase en RÍOS RUIZ, Wilson. (2008). Ciberpiratería – sistemas «peer to peer» (P2P). Análisis de las sentencias de los casos Napster, Grokster, Morpheus, StreamCast y Kazaa. Revista La Propiedad Inmaterial (59): p. 61.

⁴¹⁷ Op. cit., p. 63.

2.2 Intermediación de contenidos digitales post-modelos regulatorios

2.2.1 Algunas cuestiones generales

El diseño de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales, en cuanto a la determinación del rol de los intermediarios de Internet en la contención a las infracciones a los derechos de autor cometidas por sus usuarios, tuvo a la vista la realidad tecnológica contemporánea, empero, el ecosistema digital ha sido sujeto de una expansión significativa durante las últimas dos décadas. Sin lugar a dudas el Internet del 1998 ni del año 2000, es el mismo Internet del año 2020.

Los desarrollos tecnológicos observados por los modelos regulatorios se reducían a AOL, CompuServe, Yahoo, Amazon y eBay, con incipientes modelos de negocio, ergo, con escasa práctica digital. Por su parte, las redes sociales existentes en dicha época, se reducían a mensajería instantánea, sitios de citas en línea y de classmates⁴¹⁸.

Aparecía recientemente la tecnología Mp3, el peer to peer y Napster y el acceso a Internet era ofrecido por compañías que proporcionaban conexión telefónica. El tránsito hacia la conexión por fibra óptica, Wifi⁴¹⁹ y hasta las primeras etapas del 5g, fue ex post a la construcción de los modelos regulatorios.

La amalgama digital actual se ramifica hasta los más diversos usos y contenidos y ámbitos del comercio electrónico. Sin embargo, los antecedentes fáctico-digitales actuales producen un doble efecto en el ámbito de la propiedad intelectual. Por una parte, permiten a los creadores y titulares de derechos de autor distribuir sus contenidos directamente a los computadores y teléfonos de los usuarios. Por la otra, posibilitan nuevas formas de infracción

⁴¹⁸ Hoy Facebook cuenta con una funcionalidad de classmates (dirigido originalmente al reencuentro de compañeros de secundaria) para acceder a fotos de anuarios de celebridades, así como a espacios de encuestas y conversaciones entre usuarios. Véase en Facebook. (s/a). Classmates [en línea] Disponible <https://www.facebook.com/pg/Classmatescom/about/?ref=page_internal> [5 junio de 2020].

⁴¹⁹ SALAZAR, Jordi. (2017). Redes inalámbricas. TechPedia European Virtual Learning Platform for Electrical and Information Engineering [en línea] Disponible <https://upcommons.upc.edu/bitstream/handle/2117/100918/LM01_R_ES.pdf> [consulta: 5 junio de 2020].

a los derechos de autor, a partir de la transmisión de contenidos no licenciados, así como la utilización de extractos de los contenidos y posterior distribución, sin autorización de su titular.

Ahora bien, dentro de la funcionalidad diferenciada atendida por los modelos regulatorios es claro que el intermediario cuya elegibilidad normativa resulta compleja en la descripción de la actividad y condiciones de intermediación contenidas en los modelos regulatorios vigentes, es el de almacenamiento de contenido o de hosting y, en cierta medida, el de referenciación o de motores de búsqueda, según tendremos oportunidad de constatar en el presente capítulo.

Lo anterior no importa que el intermediario de caching o de acceso a Internet estén exentos de vaivenes doctrinarios y jurisprudenciales, empero, las complejidades de su categorización, en general, surgen cuando desarrollan funciones de alojamiento de contenidos, de manera combinada.

2.2.2 Las nuevas tecnologías, modelos de negocios y prácticas vigentes

Ante la realidad digital del año 2020, la U.S. Copyright Office, ha sido enfática en subrayar que los cambios tecnológicos y los modelos de negocio utilizados para crear y difundir materiales protegidos por derechos de autor han penetrado la escena digital de una manera inimaginada en el año 1998 al diseñarse la DMCA⁴²⁰.

Para efectos del presente estudio, las nuevas tecnologías serán examinadas en el marco del desarrollo evolutivo de la Web 2.0 y 3.0 alrededor de los aspectos técnicos de funcionamiento de la intermediación de contenidos digitales, particularmente respecto de los elementos de desconocimiento y pasividad exigidos por los modelos regulatorios vigentes a efectos de enmarcar su actividad dentro de los puertos seguros por ellos establecidos.

⁴²⁰ U.S. Copyright Office. (2020). Op. cit., p. 3.

La literatura especializada ha definido «modelo de negocio» como la forma en que una empresa crea y captura valor de los productos y servicios⁴²¹, lo que para efectos del presente estudio se presentará bajo la óptica del elemento de la utilidad monetaria que la estructura y funcionamiento mismo de la intermediación proporciona.

Lo anterior excluye la elegibilidad de los intermediarios de alojamiento de contenidos ante los modelos de la DMCA y de la DCE (subsección (c) de la Sección 512 y artículo 14.2 de la DCE⁴²² respectivamente), en la medida en que consideran la ausencia de retribución pecuniaria como condición de puerto seguro.

Cabe advertir en este punto que el requisito de beneficio económico se entiende integrado a la DCE, dado que los intermediarios de Internet son tipos de servicios de la sociedad de la información, por tanto, a fin de ser considerados como tales, deben desarrollar una actividad lucrativa⁴²³.

Finalmente, las prácticas vigentes se analizarán en relación al funcionamiento de las relaciones cibernéticas.

Es claro que Internet ha roto el esquema estático a partir del cual solo ofrecía algo de información para usuarios especializados, en lo que conocimos como la Web 1.0, esto es, Internet en su sentido clásico: una red descentralizada de ordenadores, vinculados a través de un protocolo específico. Ingresar al sitio web de un diario es un ejemplo del funcionamiento típico de la web 1.0: la información se encuentra en una computadora y los usuarios, a través de otro equipo, acceden a una copia de la misma para leerla de forma local.

⁴²¹ BOUWMAN, H.; TER DOEST, Hugo y VEN DER DUIN, Patrick. (2009). Developing new business models for intermediaries in the insurance sector. *Int. J. Management Practice* (3-3): p. 267.

⁴²² Esta última aun cuando no hace alusión expresa a una retribución pecuniaria de la actividad ilícita, sí excluye al intermediario de alojamiento del puerto seguro si el infractor actúa bajo la autoridad o control del primero.

⁴²³ Revisese en considerando 17 de la DCE, que se refiere a los servicios prestados normalmente a título oneroso. En el mismo sentido, véase a PEGUERA, Miquel. (2009). The DMCA safe harbors and their european counterparts: A comparative analysis of some common problems. *Columbia Journal of Law & the Arts* (32-1): p. 481.

Esta estructura de Internet transitó hacia la denominada Web 2.0, expresión acuñada a partir de la primera sesión de breinstorming en el año 2004, vinculada a los servicios que permiten compartir datos, así como la interacción de los usuarios en la Red⁴²⁴. Las redes sociales y las plataformas de colaboración constituyen la base de esta evolución de Internet, hasta dar lugar a la denominada Web 3.0 o Web semántica, en donde interactúan los usuarios y los equipos, mediante un lenguaje neutral, interpretado por el software.

En este orden de ideas, la Web 2.0 aparece como el resultado de la evolución de Internet durante la primera década del nuevo milenio.

El rol de los usuarios y cibernautas en la década de los 90', esencialmente pasivo, circundaba dentro de una intervención de recepción de contenidos e información. En cambio, la corriente evolutiva de Internet durante las últimas dos décadas ha significado la proliferación de servicios, aplicaciones y plataformas que integran la participación de los usuarios en la puesta a disposición y difusión de contenidos digitales, que van desde la posibilidad de almacenar comentarios hasta permitir el alojamiento de archivos multimedia.

Lo anterior se tradujo en el tratamiento de la Web como una plataforma. En este sentido, DoubleClick⁴²⁵ y Akamai⁴²⁶ fueron pioneros en dicha estructuración de Internet, en la medida en que la publicación de anuncios publicitarios fue la primera implementación de un «servicio web» que acogía la noción de «mashups».

⁴²⁴ O' REILLY, Tim. (2007). What is Web 2.0 Design patterns and business Models for the next generation of software. *Communications & Strategies* (65): p. 19.

⁴²⁵ DoubleClick es una plataforma de Google Inc., fundada en 1996, que integra la cadena de montaje publicitario, dentro de lo que aparece como el sector de publicidad en línea más avanzado. Esta plataforma incluye diseños, compra y venta de espacios en tiempo real, medición y creación de audiencias especializadas, gestión de campañas de publicidad en redes de búsqueda, así como la funcionalidad de servidor de anuncios y de análisis de resultados. Véase en Aukera Mastering Data. (s/a). DoubleClick Digital Marketing by Google [en línea] Disponible en < <https://aukera.es/blog/que-es-doubleclick-y-para-que-sirve/> > [consulta: 5 junio de 2020].

⁴²⁶ Akamai, fundada en 1998, provee una plataforma de computación para la entrega de contenidos en Internet y para el reparto de aplicaciones. Integra también servicios de alojamiento de contenidos en la nube, desarrolladores, alternativa de seguridad cibernética, entre otros. Véase en Akamai (s/a). Lo que hacemos [en línea] Disponible < <https://www.akamai.com/es/es/> > [consulta: 5 junio de 2020].

Dicha terminología, de raigambre musical que importa la creación de una pieza musical a partir de la mezcla de pedazos de otras canciones, comienza a aplicarse a la industria del software, mediante una aplicación o sitio web que combina contenido de una o más fuentes, creando un nuevo producto digital⁴²⁷.

Por ejemplo, una plataforma puede combinar servicios de mapas (v.gr. Google Maps) con datos de localización de lugares (restaurantes, cines, centros comerciales, estacionamientos, etc.). Otras manifestaciones de este tipo de plataformas son los sitios de catálogos, como Amazon y eBay, que mezclan información multimedia, a partir de otras fuentes de contenidos, así como los sitios web que alojan contenido relativo a hospedaje, adicionando el servicio de comparador de precios, reserva y pago de dicha reserva, como Trivago.com y Booking.com.

En estos últimos supuestos, el desarrollo tecnológico está compuesto por la centralización de funciones de intermediación de hosting (v.gr. alojamiento del contenido del hotel, fotografías, videos, precios, etc.) y de referenciación. Fuera del intermediario previsto por la DMCA, se trata aquí de un «metabuscador» combinado con la provisión de contenidos.

A su respecto, el modelo de negocio está dispuesto hacia la obtención de ganancias bajo el diseño de venta de tráfico bajo las figuras de «coste por click» (o «CPC»); «coste por lectura» (o «CPL») o «coste por adquisición» (o «CPA»)⁴²⁸.

⁴²⁷ Véase en SERRANO-COBOS, Jorge. (2008). Nuevas formas de vida en la Web: mashups bibliotecarios. Anuario ThinkEPI: pp. 164-166.

⁴²⁸ Existen otras figuras en el ámbito del marketing digital, como el «coste por mil» o «CPM», en la cual se paga por mil impresiones, empero, no impresiones en el sentido tradicional de la expresión, sino que en referencia a la operación de banner cargado en el sitio web; luego también opera la métrica digital del «coste por patrocinio», en cuya virtud se contrata un espacio de alojamiento por un tiempo determinado en otro sitio web; luego, la figura del «costo por unidad» o «CPU» se utiliza con la finalidad de alojar determinado contenido de manera fija y esencialmente visible en el sitio de un intermediario de hosting, durante un tiempo definido; el «clic through rate» importa una métrica obtenida al dividir las impresiones pagadas por los clics obtenidos; el «coste por clic real» se calcula en base al costo de cada clic resultante de la división del número de clics que los usuarios han dado al contenido y la inversión monetaria realizada; la métrica de la «frecuencia» delimita la cantidad de veces en que un usuario es alcanzado por el contenido anunciado; el «pay per call», se traduce en el modelo de negocio de contratación de anuncios en motores de búsqueda o directorios que permiten al usuario contactar telefónicamente al anunciante. Este modelo de negocio es análogo al «pay per view» o «pay per play»; finalmente, aparece la métrica de marketing del «pay per delivery», que se traduce en el pago del producto

Finalmente, la práctica digital vigente se traduce en la compra vertical, esto es, aquella efectuada por los cibernautas alrededor de determinados productos ofertados en Internet, en la especie, hotelería, en oposición a la práctica digital de compra horizontal, sin especificación de un producto determinado, como por ejemplo aquella que se produce en Amazon o Google Shopping.

Cabe precisar que se ha acuñado el término de «metabuscadore» para referirse al conjunto de programas capaces de recorrer la telaraña hipertextual hasta un nivel predeterminado por el usuario, examinando los sitios visitados y constatando su contenido a objeto de valorar su relevancia para el usuario.

Esta tecnología utiliza unas sedes denominadas «semillas» a partir de las cuales inician la navegación a través de los diferentes enlaces que emanan de ellas, de forma que estas nuevas sedes, se constituyen en nuevas semillas para el siguiente salto hipertextual⁴²⁹, consultando de forma simultánea varias fuentes de datos desde una interfaz única.

En el citado contexto, el modelo de negocio de los metabuscadores responde a la lógica comercial «business to business» (o «B2B»), esto es, aquella venta de un negocio a otro, y no a un consumidor (este modelo de negocio es conocido como «business to consumer» o «B2C»)⁴³⁰, percibiendo utilidades por parte de las empresas que pagan por

comprado, como una variante del e-mail marketing, en el que se paga por emails entregados con éxito a los usuarios. Sobre todo lo anterior, véase a MARTIN ALDANA, B. (2014). Marketing digital y métricas. Tesis para optar a la especialización en Dirección y Gestión de Marketing y Estrategia Competitiva, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires, p. 29.

⁴²⁹ Sobre la tecnología de intermediación de los metabuscadores, véase en TORRES POMBERT, Ania. (2003). El uso de los buscadores en Internet. Revista Cubana de Información en Ciencias de la Salud (11-3): pp. 7-8; véase además a CALVO LÁZARO, Miguel et al. (2010). Koha, metabuscadores y herramientas colaborativas de edición de contenidos. V Congreso Nacional de Bibliotecas Públicas, Guijón, 3 a 5 de noviembre de 2010 [en línea] Disponible < <http://travesia.mcu.es/portalsnb/jspui/bitstream/10421/4909/1/MiguelCalvo.pdf>> [consulta: 5 junio de 2020].

⁴³⁰ Sobre la diferenciación de los modelos de negocios B2C y B2B en Internet, véase a BARROS, Oscar. (2003). Modelos de negocios en Internet (Versión Preliminar). Centro de Gestión del Departamento de Ingeniería Industrial, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile, Serie Gestión (29) [en línea] Disponible < <http://www.dii.uchile.cl/~ceges/publicaciones/ceges29.pdf>> [consulta: 2 junio de 2020].

aparecer en la búsqueda a cambio de redirigir el tráfico de los usuarios a los sitios web de dichas empresas.

Esta práctica digital es habitual en el comportamiento de los cibernautas, en la medida en que reduce considerablemente el tiempo de búsqueda que éstos deben invertir en pos de encontrar el servicio o producto buscado, haciéndose de una exploración digital personalizada⁴³¹.

Volviendo al modelo de negocios «B2C», común en la realidad digital vigente, cabe precisar que éste incluye la intermediación combinada, esto es, i) intermediarios de contenidos y de comercio electrónico; ii) proveedores de bienes y servicios en línea, así como a proveedores que utilizan plataformas de vitrina como intermediarios, v.gr. Amazon, Marketplace de Facebook, Mercado Libre, Shein, Dafiti, Linio, Wish, entre tantos otros, e iii) intermediarios de interacción comunitaria (redes sociales).

A efectos de clarificar los alcances de los nuevos modelos de negocio en el actual estado de desarrollo de Internet, tomaremos el caso de Amazon para explicitar la acentuada combinación de actividades de intermediación que complejizan su determinación como intermediario de los modelos regulatorios de principios del segundo milenio.

Como a otras plataformas de data reciente, la U.S. Copyright Office ha calificado a Amazon como un intermediario creativo y visionario y autor de un nuevo modelo de negocio que apoya la creatividad e incentiva el comercio entre creadores y consumidores⁴³².

La plataforma de acceso masivo Amazon, desarrolla los siguientes modelos de negocio:

⁴³¹ En el mismo sentido, véase a MORANTA NADAL, Marc. (2017). Análisis potencial del marketing online para el diseño de un metabuscador. Tesis para optar al grado de Magíster en Ingeniería Industrial, Escola Tècnica Superior d'Enginyeria Industrial de Barcelona, p. 16.

⁴³² U.S. Copyright Office. (2020). Op. cit., p. 74.

i. Proveedor de contenidos y de comercio electrónico: a través de su funcionalidad tradicional, Amazon pone a disposición de los usuarios y consumidores de Internet un sinnúmero de bienes y servicios.

En este punto cabe hacer presente que Amazon interfiere en al contenido puesto a disposición de los usuarios, en la medida en que realiza catálogo de productos bajo categorías determinadas tales como «los más vendidos», «productos por menos de \$x», «productos imprescindibles», etc., lo que conflictúa su inclusión en el puerto seguro de los modelos regulatorios que exigen pasividad en la puesta a disposición del contenido sujeto a derechos de propiedad intelectual.

Como intermediario de alojamiento de contenidos, extiende su funcionalidad a Amazon Prime (sitio de series y películas) y Amazon Music, ambos modelos de negocio que utilizan tecnología de streaming⁴³³ y de Amazon Kindle eBooks (sitio de libros digitales sólo disponibles para lectura).

Cabe puntualizar que en el caso de Amazon Prime, la plataforma no es únicamente intermediaria de alojamiento, sino que es también proveedor de contenido, en la medida en que aloja contenido propio bajo el sello de «Amazon Originals».

Por su parte, uno de los servicios del modelo de negocio de Amazon, publicitado con mayor intensidad durante el último tiempo, «Amazon Live» (disponible a partir del año 2019), permite explotar modelos de negocio de terceros a través de infomerciales transmitidos en vivo dispuesto para vendedores e influencers de Amazon para promover productos e impulsar sus ventas a través de video en vivo.

ii. Intermediario de pago: La plataforma que cuenta con una metodología de pago de los bienes, productos y servicios que aloja y pone a la venta, contiene un sistema de pago a

⁴³³ LÓPEZ DELGADO, David. (2018). Estudio de las plataformas de streaming. Tesis para optar al grado en Marketing e Investigación de Mercados, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad de Sevilla, p. 23.

través del canje de «puntos» mediante sus tarjetas de crédito «Amazon Rewards Visa Signature Cards»; «Amazon Store Cards»; «Amazon Business American Express Card»⁴³⁴.

iii. Intermediario de búsqueda de contenidos: Amazon también explota su modelo de negocio a través de un motor de búsqueda disponible en su plataforma denominado «Amazon Explorer».

Ahora bien, lejos de las condiciones tecnológicas existentes al tiempo de la instauración de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales, las posibilidades del actual modelo de Internet permiten la interrelación entre usuarios, proveedores e intermediarios, alterando la función y el rol que éstos desempeñan en la Red, desarrollando modelos de negocio en los que los usuarios son, de manera simultánea, proveedores y consumidores de contenidos («prosumers»⁴³⁵) o intermediarios de alojamiento de contenidos de terceros usuarios.

Las modalidades de intermediación deben hoy su funcionamiento a los desarrollos tecnológicos, algunos cuya evolución se distancia del funcionamiento coetáneo al diseño de los modelos regulatorios, ergo, no previsibles al tiempo de su instauración, como el peer to peer y el torrent.

El primero de ellos, nacido en el año 1999 en Estados Unidos, permite a los usuarios intercambiar información en Internet a través de múltiples máquinas iguales o pares, vinculadas por medio de una red, en lugar de hacerlo a través de un servidor central. Este modelo de negocio fue explotado por primera vez por Napster, razón por la cual fue objeto de litigios por parte de A&M Records Inc., en base a las teorías de responsabilidad contributiva, en la medida en que su actividad favorecía la infracción a los derechos de autor y de responsabilidad vicaria por la infracción de sus usuarios.

⁴³⁴ Véase en AMAZON. (s/a). Shop with points [en línea] < https://www.amazon.com/-/es/b?ie=UTF8&node=16218619011&ref_=footer_swp > [consulta: 17 agosto 2020].

⁴³⁵ Al respecto, véase a COTINO HUESO, Lorenzo. (2009). Encaje constitucional de la responsabilidad en la web 2.0, Ponencia, Universidad Autónoma de Barcelona, p. 2.

En términos generales diremos que el peer to peer, que supone la tecnología de compartir archivos entre pares, explota un modelo de negocio diseñado en base a la utilidad percibida por las descargas y registros de usuarios, dado que a mayor cantidad de usuarios, mayor publicidad se vende. A su vez, la práctica digital consiste en la descarga de contenidos que, antes de la llegada de esta tecnología, debían conseguirse en medios de difusión tradicionales (v.gr. disqueras).

El segundo, es decir, el torrent, es un contenedor donde se aloja toda la información acerca de la descarga de determinado contenido digital y utiliza la misma tecnología peer to peer, es decir, no requiere de servidores centrales. Cuando abrimos el archivo torrent, este comienza a leer los datos contenidos en el pequeño archivotorre para saber desde donde descargar los fragmentos del contenido, generalmente desde otros usuarios que tienen las partes que se necesitan.

El desarrollo tecnológico del torrent, como intermediario de referenciación o búsqueda⁴³⁶, radica en la distribución de archivos de meta-información que contiene metadatos sobre otros archivos y carpetas que se difundirán a partir de una lista de ubicaciones de la red de los rastreadores. Por tanto, el archivo torrent no contiene el material en sí, sino que soporta la información de esos materiales (v.gr. nombres, estructura, tamaños, etc.), evitando así, enviar la solicitud a los servidores centrales, reduciendo el tiempo de descarga.

Ciertamente los intermediarios que utilizan tecnología torrent no desarrollan una actividad pasiva en cuanto al contenido, por el contrario, manipulan el contenido de los ficheros (suprimiendo los obsoletos o erróneos y filtrando algunos materiales)⁴³⁷.

La no modificación de los supuestos fácticos sobre los cuales se construyó la estructura regulatoria de intermediación, llevaría a aceptar que los intermediarios que ofrecen enlaces para conectarse a otras redes peer-to-peer, es decir, share hosting megasites, o redes

⁴³⁶ En este sentido, véase a MAESTRE RODRÍGUEZ, Javier. (2017). La responsabilidad de los prestadores de servicios de la Sociedad de la información y el concepto de público nuevo. *Revista Derecho & Sociedad* (49): p. 85.

⁴³⁷ Op. cit., p. 86.

peer-to-peer que alojan contenidos protegidos por derechos de autor, no tienen carga alguna, sino hasta después de ser notificados, al igual que el intermediario tradicional.

Sin embargo, estos nuevos intermediarios no desarrollan actividades meramente técnicas, automáticas o pasivas por lo que su actividad de intermediación no se ajusta a los requerimientos de exención de la Sección 512 de la DMCA ni del artículo 14 de la DCE.

Por otra parte, existen prácticas tecnológicas usuales en la moderna era digital que difícilmente pueden ser encuadradas dentro de los márgenes del «safe harbor» de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales de la DMCA y de la DCE, tales como los servicios de «co-location» que proporcionan una ubicación física y conexión a Internet para un servidor suministrado y administrado por el usuario o cliente, permitiendo a éste último alojar equipamiento en espacio seguro («Data Center») y acceder estratégicamente a la información⁴³⁸.

Cabe apuntar que este tipo de servicio de Internet no encaja dentro de los alcances normativos de las actividades de intermediación descritas en los modelos regulatorios y, aun cuando pudiera forzarse dicho ejercicio y se asimilara a la funcionalidad de mera transmisión, lo cierto es que no existe respecto de este intermediario la obligación de cumplir con las solicitudes de eliminación de contenido infractor.

En el marco descriptivo de nuevas prácticas tecnológica resulta interesante traer a colación la de «almacenamiento caché inverso» que se traduce en el almacenamiento en copia que hace el intermediario de acceso a Internet a fin de reducir los tiempos de espera de sus usuarios⁴³⁹.

⁴³⁸ Datacenter Reconquista. (s/a). Alcance y descripción del servicio. Colocation Iplan [en línea] Disponible < https://www.iplan.com.ar/docus/it-and-cloud/data-center/Descripcion_y_alcance_del_servicio_COLOCATION_IPLAN_Datacenter_Reconquista_v.22-05-2015_EoS+rev+JR+26-5-15+version+final.pdf > [consulta: 18 septiembre 2020].

⁴³⁹ Digital Guide Ionos. (s/a). Servidor proxy inverso: componente central de la seguridad [en línea] Disponible < <https://www.ionos.es/digitalguide/servidores/know-how/que-es-un-servidor-proxy-inverso/> > [consulta: 18 septiembre 2020].

Sin perjuicio de la relación más o menos directa que pueda presentar este intermediario de Internet con el de caching, lo cierto es que las condiciones de puerto seguro de los modelos regulatorios referidas a éste último, contemplaron un almacenamiento temporal, producto de un proceso inevitable en las comunicaciones en Internet, por lo que la pasividad era elemento axiomático en la generación de las copias del intermediario de caché. Sin embargo, respecto del intermediario que realiza almacenamiento caché inverso cabe precisar que desarrolla una actividad de alojamiento inserta en su propio diseño de implementación.⁴⁴⁰

Otra práctica tecnológica de la modera era digital es el «follow the money» que tiene por objeto introducir sistemas de seguimiento del dinero a fin de cortar el suministro de ingresos que fluyen hacia sitios deshonestos, como complemento al modelo de negocio de algunos intermediarios de Internet.

Estas prestaciones que, inicialmente respondieron a declaraciones de buenas prácticas, se han ido robusteciendo con el crecimiento de los modelos de negocios de Internet⁴⁴¹.

Principalmente desarrolladas por los intermediarios de alojamiento, el «follow the money» constituye una práctica voluntaria de control llamada a mitigar los efectos expansivos de sitios de infracción a derechos de autor, empero, distantes de la pasividad exigida por los modelos regulatorios tradicionales, puesto que actúan de manera preventiva, por encima de los deberes reactivos ante los avisos de los titulares de derechos de propiedad intelectual.

En ámbito del pago digital, la práctica tecnológica del «paga lo que quieras» o «PWYW» por sus siglas en inglés, tensiona la verificación del elemento del beneficio

⁴⁴⁰ SCOTT, Mike. (2005)., Op. cit. p. 153.

⁴⁴¹ FROSIO, Giancarlo y HUSOVEC, Martin. (2020). Accountability and responsibility of online intermediaries. Oxford University Press, p. 2.

económico requerido por los modelos regulatorios de contenidos digitales, a efectos de determinar la inmunidad de los intermediarios.

Ejemplo de lo anterior es la plataforma Gumroad⁴⁴² que pone a disposición de los usuarios la venta de productos bajo la práctica del PWYW, incentivando el beneficio pecuniario de los titulares de derechos que se benefician con el alza de precios a los anunciantes publicitarios y al establecimiento de precios justos a discreción de los usuarios. Con todo, la circunstancia de beneficio económico que lleva a no considerar elegibles a estos intermediarios dentro del puerto seguro, se difumina en cuanto a la fuente de determinación del valor recibido por producto vendido, cuando el valor es fijado por los clientes o usuarios.

En el marco de la economía digital, las empresas han debido moldear sus diseños ante la necesidad de hacer converger los servicios valorados por los usuarios de Internet. De allí que los modelos de negocio actuales responden a una lógica de mixtura tecnológica y de desarrollo negocial.

En tal sentido, el entorno digital ha hecho emerger nuevas formas de consumir contenidos. Así, por ejemplo, Internet y el desarrollo tecnológico al cual da cabida predisponen los medios para el consumo fraccionado de contenidos –en consideración del contenido total–, a través de los denominados «micropagos» que, con prescindencia de la escala de valor del pago que realiza el usuario por un determinado producto o servicio, es una noción de la moderna era digital que atiende a la posibilidad de adquirir parte del contenido⁴⁴³.

El anterior fue el modelo de negocio adoptado por la plataforma Apple en sus modalidades de Apple Music y iTunes, ambos intermediarios de alojamiento, en rechazo del

⁴⁴² Dosdoce.com (2014). Nuevos modelos de negocio en la era digital. Un estudio elaborado por dosdoce.com para CEDRO con motivo del lanzamiento de su plataforma conlicencia.com [en línea] <http://www.dosdoce.com/upload/ficheros/noticias/201409/modelos_de_negocio_pdf.pdf> [consulta: 2 octubre 2020].

⁴⁴³ Dosdoce.com. (2014). Nuevos modelos de negocios en la era digital [en línea] Disponible <http://www.dosdoce.com/upload/ficheros/noticias/201409/modelos_de_negocio_pdf.pdf> [consulta: 5 junio de 2020].

modelo «todo o nada» de los contenidos, permitiendo la compra unitaria por parte de los usuarios (éstos pueden adquirir una canción sin necesidad de tener que comprar el listado completo de canciones contenidas en un CD, a diferencia de lo que sucede en el medio análogo).

Luego, la combinación de la tecnología peer to peer con la de los micropagos repercute en la inserción de generaciones tecnológicas 3.0, manifestándose en desarrollos tales como el que ha sido implementado por Mugiplay que, en el marco de la mensajería instantánea de WhatsApp o Line, permite a los usuarios realizar pequeños pagos entre sí, sin necesidad de abandonar la aplicación⁴⁴⁴.

El mismo modelo de negocio fue implementado por el intermediario de alojamiento de contenidos, Amazon, a través de su funcionalidad de «shortcuts» para Kindle, producto del cual se ofrece a los cibernautas la adquisición de capítulos o resúmenes de las publicaciones de terceros⁴⁴⁵.

Por su parte, la expansión de las redes de distribución de contenidos («Content Distribution Networks» o «CDN») trae como consecuencia una intermediación que se sitúa entre los proveedores de contenidos y los intermediarios de Internet que alojan el contenido, a fin de acercarlo al usuario final, operando mercados bilaterales o multilaterales («multi-sided markets»), cuyo modelo de negocio se basa en la ganancia por publicidad⁴⁴⁶.

Las redes sociales (Facebook, Instagram, WhatsApp, Twitter) son todas ejemplo de intermediación moderna. También lo es el servicio de streaming, que pone a disposición de los usuarios gran volumen de contenido, de manera gratuita, obteniendo recursos a través de publicidad y de la suscripción de servicios premium.

⁴⁴⁴ Op. cit. p., 9.

⁴⁴⁵ Op. cit., p. 10.

⁴⁴⁶ Cepal. (2018). La nueva revolución digital. De la Internet del consumo a la Internet de la producción, p. 21 [en línea] Disponible < https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/38604/4/S1600780_es.pdf> [consulta: 13 agosto 2019].

Según hemos insistido, la centralización de funciones de intermediación pone en jaque la condición tecnológica de intermediación de principios de siglo. Hoy, los intermediarios desarrollan lo que en la investigación doctoral denominamos «intermediación combinada», misma que desafía las condiciones de pasividad exigida por los modelos regulatorios en cuanto a su elegibilidad como beneficiarios de los puertos seguros, lo que será examinado en el apartado siguiente.

Con todo, debemos advertir al lector que el presente, no tiene intenciones de completitud respecto de la exposición de todos y cada uno de los desarrollos tecnológicos, modelos de negocio y prácticas en línea vigentes, satisfaciendo nuestro objeto la exposición del cambio de paradigma en manos de la transformación de los antecedentes fáctico-digitales tenidos en vista por los legisladores de los modelos regulatorios de intermediación de la DMCA y de la DCE.

2.2.3 Efectos de la transformación de la intermediación en la determinación del rol de los intermediarios de Internet

La posición de pasividad del intermediario respecto del contenido infractor a los derechos de propiedad intelectual en Internet dice relación con un condicionamiento general de no intervención en la selección del material transmitido a través de sus redes o de los destinatarios del mismo o en la tecnología de protección de los derechos del titular, sumado a lo anterior, con condiciones específicas de no conocimiento de la actividad, hechos o circunstancias de donde se desprende la infracción a los derechos de autor y de no enriquecimiento a partir del despliegue de la vulneración a la propiedad intelectual.

Por tanto, resulta preciso para efectos del presente estudio, examinar la proyección de la pasividad requerida en torno a la actividad de intermediación, en base a los elementos señalados, a fin de atender al desajuste entre la actual intermediación y las condiciones de

puerto seguro de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales de la DMCA y la DCE.

Los intermediarios de mera conducción y que sirven al proceso de intercambio de contenidos a través de paquetes de datos mediante la puesta a disposición de la infraestructura por donde se transmite aquel, a todos los usuarios desde sus ordenadores, realizan transmisión del material de manera esencialmente efímera (y realizado por los respectivos routers⁴⁴⁷).

Los modelos de la DMCA, subsección (a) de la Sección 512 y de la DCE, artículo 12, sujetan a esta categoría de intermediarios a las condiciones de que no hayan iniciado la transmisión de contenidos, que no seleccionen el contenido ni los destinatarios y que no se produzcan copias del material transmitido, sino como respuesta automática a solicitud de un tercero, en suma, todas condiciones de «no intervención» en el proceso de transmisión de contenidos digitales.

Al respecto debemos indicar que ya en el año 2010, la OMPI publicaba un estudio que apuntaba a poner de relieve la falta de adecuación del modelo europeo construido sobre la base de las formas de intermediación pura, expresando que la distinción inicial de los intermediarios de acceso a Internet se hizo menos adecuada con la expansión de la industria de Internet en la cual se insertan portales que dan acceso a grandes cantidades de información, alejándose del modelo puro de intermediación⁴⁴⁸.

Las condiciones de pasividad exigidas para los intermediarios de mera conducción son análogas para los intermediarios de caching. Esto porque, también representan una suerte de conductos del contenido, dado que el almacenamiento del material infractor tiene un carácter transitorio en oposición a aquellos intermediarios de alojamiento de contenidos, en

⁴⁴⁷ En el mismo sentido, véase a CARBAJO CASCÓN, Fernando. (2014). Op. cit., p. 269.

⁴⁴⁸ EDWARDS, Lilian. (2010). Role and responsibility of Internet intermediaries in the field of copyright and related rights [en línea] Disponible en <<https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=4142&plang=EN>> [consulta: 2 octubre 2020].

cuya virtud los usuarios pueden acceder al material infractor cuando lo deseen, lo que constituye un riesgo potencial y real de infracción a la propiedad intelectual de terceros⁴⁴⁹.

Lo anterior no obsta al cumplimiento del fin de tutela cooperativa en la contención de las infracciones a la propiedad intelectual en Internet, en la medida en que tanto los intermediarios de acceso a Internet, como los de almacenamiento temporal, pueden ser objeto de órdenes judiciales que les requieran impedir el acceso al material infractor.

Lo anterior incluso en el marco de la implementación de la DCE, pues según tuvimos oportunidad de precisar, en España, la LSSICE establece que un juez o autoridad administrativa pueden ordenar a estos intermediarios que impidan el acceso desde dicho país a sitios en línea de origen extranjero que infringen los derechos de nacionales o residentes españoles⁴⁵⁰.

Con todo, respecto de ciertos motores de búsqueda que desarrollan funciones de almacenamiento temporal en memoria caché, como Google Search, que permite acceder rápidamente a los resultados de la búsqueda de contenidos realizadas mostrando los sitios almacenados en sus servidores, en lugar de ir a los originales, se ha venido discutiendo su elegibilidad como intermediario de caching.

Por su parte, y según tuvimos oportunidad de precisar en el marco de la construcción de los modelos regulatorios, los intermediarios de alojamiento fueron concebidos como aquellos que proporcionan espacio en el servidor para el almacenamiento del sitio web de un usuario, para una sala de chat u otro foro en el que se puede publicar material bajo la dirección de los usuarios⁴⁵¹. Sin embargo, los desarrollos tecnológicos plantean figuras de alojamiento dinámico y no meramente estático como se deduce de la definición anterior.

Al respecto, tanto la subsección (c) de la Sección 512 de la DMCA como el artículo 14 de la DCE, establecen como condiciones para valerse del puerto seguro que excluye la

⁴⁴⁹ Op. cit., p. 257.

⁴⁵⁰ Artículo 11.2 de la LSSICE.

⁴⁵¹ Véase en la página 47 del presente estudio.

responsabilidad de los intermediarios de alojamiento por las infracciones a la propiedad intelectual cometidas por sus usuarios, dos elementos específicos:

i. No conocimiento (real o efectivo) de que la actividad o el material alojado en sus sistemas, infringen derechos de autor, así como respecto de hechos o circunstancias que hagan presumir la infracción.

ii. No recepción de beneficio económico de la actividad infractora, en la medida en que tenga derecho y capacidad de control de la referida actividad, en términos de la DMCA, o que el infractor no actúe bajo la autoridad o control del intermediario, en términos de la DCE.

a) Modificación de la intermediación pura de los modelos regulatorios

La evolución de Internet ha favorecido la introducción de dos factores modificatorios de la intermediación pura comprendida en los modelos regulatorios vigentes, superando la noción de alojamiento estático descrita en el párrafo anterior.

Por una parte, tenemos factores intra-intermediación puesto que se trata de elementos que alteran el desarrollo de funciones únicas de intermediación (mera transmisión, caché, host y búsqueda o referenciación), abriendo paso al despliegue de dos o más funciones de intermediación por parte del mismo intermediario. Como es posible advertir, se trata aquí de un elemento que modifica desde dentro el exterior de la actividad de los intermediarios, de cara a la determinación de su elegibilidad en los puertos seguros establecidos por los modelos regulatorios.

Luego, tenemos factores extra-intermediación que no alteran las actividades de intermediación por conjugar dos o más, sino que la afectan al combinarla con actividades de provisión de contenidos. Al respecto la actividad de intermediación se articula con un elemento externo que produce efectos en la posición y/o calidad con la cual el intermediario se presenta ante los modelos regulatorios de Internet.

a.1) Factores intra-intermediación

Los factores intra-intermediación se refieren a la centralización de funciones desarrolladas por los intermediarios de principios de siglo de manera aislada y diferenciada.

Como caso paradigmático del presente factor, aparece Google Inc. que provee un abanico de servicios de intermediación: almacenamiento de contenidos a través de Gmail, Google Drive, Google Fotos, Google Books, Google Noticias, Blogger, Keep; cloud computing de documentos a través de Google Docs y Google Drive; comercio electrónico a través de Google Shopping; y referenciación y búsqueda a través de su función tradicional y de Google Maps.

La centralización de antiguas y nuevas formas de intermediación digital produce, a su vez, dos efectos esenciales:

- Existen zonas grises que no caben en la descripción de la funcionalidad de los modelos regulatorios vigentes, dado que no se ajustan a su alcance conceptual, o bien, el desarrollo mismo de una o más funciones de intermediación excluye alguna de las condiciones de los mismos modelos.

Dentro de las referidas zonas grises se encuentran todas las plataformas colaborativas en la creación de contenidos (v.gr. Youtube, Facebook, Instagram, InShot, TikTok, entre muchas otras).

- La combinación de funciones puede generar dificultades en la determinación de las precisas condiciones que los puertos seguros de los modelos regulatorios exigen para la exención de responsabilidad del intermediario. Piénsese en Entel S.A. que combina funciones de acceso a Internet y de hosting, a través de su servicio de Datacenter en cuya virtud permite el alojamiento, monitoreo y administración del contenido de terceros, por tanto, y al menos de forma teórica, podría plantearse la interrogante relativa a la aplicación de las condiciones de puerto seguro de uno u otro intermediario.

a.2) Factores extra-intermediación

El segundo factor modificador de la intermediación pura abordado por los respectivos modelos regulatorios, es extra-intermediación y consiste en el desvanecimiento de la diferenciación básica en que los modelos regulatorios sentaron sus alcances normativos, esto es, en las calidades de proveedores de contenidos e intermediarios de Internet.

En este orden de ideas, y en una primera etapa (Web 1.0) ya ciertos proveedores de acceso a Internet (nuevamente Entel S.A.), ponían a disposición de los cibernautas sus páginas publicitarias a fin de promover la navegación en ellas.

Con el tránsito evolutivo de Internet, dicha combinación extra-intermediación ha adoptado ribetes más complejos y ha transitado desde los tradicionales medios de comunicación hasta aquellos que operan en el espacio digital a través de páginas dinámicas e interactivas de alojamiento de contenidos (comentarios) y de producción de contenidos (v.gr. elmercurio.com, fmdos.cl, tudiscovery.com).

Cabe considerar dentro de esta categorización de modificación de intermediación pura de los modelos regulatorios, la práctica vigente de los cibernautas que actúan como alojadores de contenidos de otros usuarios, a través de sitios privados (blogs o sitios web personales), empero, no pueden ser considerados intermediarios de alojamiento en los términos de la DMCA y la DCE, en la medida en que no desarrollan una actividad económica⁴⁵².

⁴⁵² Esto en el marco de la DCE. En idéntico sentido, véase a DE MIGUEL ASENSIO, Pedro. (2015). Op. cit., p. 223.

b) Pasividad en el marco de la intermediación moderna: no intervención, no conocimiento y no beneficio económico

b.1) No intervención

Aun cuando esta condición de pasividad es transversal a la categorización de los intermediarios de Internet contenida en los modelos regulatorios de la DMCA y de la DCE, lo cierto es que ambas estructuras normativas la regulan de forma expresa para los intermediarios de mera conducción y de caching o almacenamiento temporal de contenidos.

El fundamento de lo anterior es la exclusión del control editorial de los contenidos que transmiten, así como de su manipulación sustancial, mientras que la manipulación técnica por parte de los intermediarios de acceso a Internet está permitida (subsección (a) de la Sección 512 de la DMCA y artículo 12 de la DCE). Dentro de este ámbito se incluyen las actividades técnicas de compresión de datos, fragmentación de los ficheros, adición de información de cabecera⁴⁵³, eliminación automática de virus o spam en las comunicaciones vía e-mail⁴⁵⁴.

La intervención en el proceso de transmisión de datos, ya sea en el contenido mismo, como en su selección o en la selección de los destinatarios, excluye la ajenidad supuesta por los modelos regulatorios para excluir la responsabilidad de los intermediarios por las infracciones a la propiedad intelectual de terceros, puesto que actúan como proveedores de contenido –al menos de forma parcial– en la puesta a disposición del material accesible para los usuarios.

⁴⁵³ Lo anterior se refiere a agregar una cabecera de protocolo a fin de transmitir información entre capas o de mensaje-cabecera en un correo electrónico, con el objeto de darle formato adecuado para el computador principal de recepción. Véase en AGUILAR LEÓN, Roy et al. (2004). Diseño de un proveedor de servicios de Internet inalámbrico usando la tecnología de Spread Spectrum para la ciudad de Machala. Tesis para optar al grado de Ingeniero en Electricidad, especialidad electrónica y telecomunicaciones, Escuela Superior Politécnica del Litoral, p. 230.

⁴⁵⁴ ARROYO AMAYUELAS, Esther. (2020). La responsabilidad de los intermediarios en Internet ¿Puertos seguros a prueba de futuro? Cuadernos de Derecho Transnacional (12-1): p. 820.

Con todo, la falta de una definición legal de lo que ha de considerarse como «manipulación meramente técnica del contenido», ha abierto otra arista de inseguridad jurídica en torno a ciertas actividades que hacen dudosa la precedente categorización, como el filtrado de tráfico, la inserción de anuncios o el filtrado textual de conversaciones de chat; ambigüedad que ha sido denunciada por algunos autores de Derecho comparado ya desde el año 2009⁴⁵⁵.

Bajo la consideración de la «no intervención», resulta complejo encuadrar la actividad de los nuevos modelos de negocio y de las prácticas digitales actuales (como aquellas desarrolladas por los motores de búsqueda), dentro del régimen de no responsabilidad/condicionada de los modelos regulatorios vigentes.

Lo anterior, porque los motores de búsqueda desarrollan tecnologías de ensamblaje de información reducida a través de la cuales elaboran un perfil, más o menos completo, de las preferencias, gustos y comportamientos de los usuarios de Internet⁴⁵⁶.

A mayor abundamiento, los tribunales españoles han condenado a Google Inc., por el material ilícito al que enlazaba su motor de búsqueda a través de su función tecnológica de «Google Suggest» o sugerencias de autocompletado. En tal sentido, la Corte de Milán, en sentencia de 2011, resolvió que el puerto seguro de los motores de búsqueda contenido en el Decreto Ley 70/2003 o E-commerce de 2004⁴⁵⁷, no resulta aplicable a las sugerencias de contenidos proporcionadas por Google, en la medida en que no se trata de un mero facilitador

⁴⁵⁵ Véase en VAN EECKE, Patrick y TRUYENS, Maarten. (2009). Eu study on the legal analysis of a single Market for the information society. New rules for a new age? Chapter 6. Liability of online intermediaries, p. 14.

⁴⁵⁶ PAZOS CASTRO, Ricardo. (2015). El funcionamiento de los motores de búsqueda en Internet y la política de protección de datos personales, ¿una relación imposible? A propósito de la STJUE de 13 de mayo de 2014 (Google Spain, S.L. y Google Inc./ Agencia Española de Protección de Datos [AEPD] y Mario Costeja González, C-131/12, no publicada todavía en el repertorio oficial. InDret Revista para el Análisis de Derecho (1): p. 8.

⁴⁵⁷ Véase en BERTOLINI, Elisa et al. (2017). Analysis of ISP Regulation under Italian law. En: Secondary liability of Internet Service Provider. Manhattan, Springer [en línea] Disponible <https://www.researchgate.net/publication/321525112_Secondary_Liability_of_Internet_Service_Providers/citation/download> [consulta: 5 junio de 2020].

de localización de contenido alojado por terceros para el usuario⁴⁵⁸. Bajo la misma óptica, la sentencia indicó que el desarrollo tecnológico que Google Inc. explota a través de Google Suggest, impide el tratamiento de éste como un intermediario de hosting en los términos de la DCE, puesto que excede el límite de que los contenidos sean proporcionados por los usuarios⁴⁵⁹.

A partir de lo anterior resulta evidente la tensión existente entre los nuevos desarrollos tecnológicos, modelos de negocio y prácticas vigentes en cuanto a la observancia de la exigencia de no intervención o manipulación del contenido de los puertos seguros de los modelos regulatorios, cuando el contenido es ilegal.

b.2.) No conocimiento y no beneficio económico

Ahora bien, en análisis de las condiciones previstas por los modelos regulatorios en clave de pasividad o no intervención, los intermediarios de alojamiento de contenidos que combinan dicha actividad de intermediación con otra o con la provisión de contenidos, no parecen actuar como agentes desconocedores de las actividades infractoras, de los hechos o circunstancias de las cuales se desprende aquella y, en gran medida, como no receptores de utilidades derivadas del contenido transgresor a los derechos de autor.

Retomando el caso de Google Inc., como motor de búsqueda, éste puede integrar dentro de sus resultados un anuncio que enlaza a sitios web de terceros que ofertan contenido sujeto a derechos de propiedad intelectual no licenciado, de donde se desprende tanto el

⁴⁵⁸ Ordinario di Milano, 10847/2011 of 24.3.2011.

⁴⁵⁹ ERASO LOMAQUIZ, Santiago. (2016). Responsabilidad de los buscadores de Internet, p. 8 [en línea] Disponible <http://www.eldial.com/nuevo/congreso_iberamericano/RESPONABILIDAD%20DE%20LOS%20BUSCADORES%20DE%20INTERNET.pdf> [consulta: 5 junio de 2020].

conocimiento (al menos indiciario⁴⁶⁰) como el enriquecimiento proscrito por los modelos vigentes.

En el mismo sentido, el TJUE, con fecha 8 de septiembre de 2016, consideró que GS Media BV cometía una infracción al artículo 3.1 de la Directiva 2001/29/CE que busca garantizar el derecho de los autores de autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras. En la especie, GS Media BV, intermediario de referenciación, enlazaba el contenido del intermediario de alojamiento GreenStikl, en donde se introdujo una fotografía cuya puesta a disposición al público no estaba autorizada en ese sitio (si en otro, pero no era de libre acceso).

Al respecto, el TJUE sostuvo la existencia de una vinculación directa entre el conocimiento real y el ánimo de lucro del intermediario de referenciación, sentenciando que «(...) si dichos vínculos son proporcionados sin ánimo de lucro por una persona que no conocía o no podía conocer razonablemente el carácter ilegal de la publicación de esas obras en este otro sitio de Internet»⁴⁶¹, se desprende que no existe infracción a la propiedad intelectual. En cambio, «(...) si, por el contrario, los vínculos se proporcionan con ánimo de lucro, supuesto en el que debe presumirse tal conocimiento» es posible calificar dicho acto como de comunicación al público no autorizada por su titular.

Sin perjuicio de lo anterior, creemos que las condiciones de conocimiento y de beneficio económico no son copulativas, así como tampoco detentan una vinculación directa e inmediata entre ellas, en especial consideración de que la DCE no contempla el lucro directo de la actividad infractora como criterio de exclusión del intermediario del puerto seguro.

La real vinculación entre el elemento de beneficio económico existe para con el derecho y capacidad de control al que alude la DMCA. Así las cosas, los tribunales

⁴⁶⁰ En el derecho anglosajón, el conocimiento de los hechos o circunstancias de las cuales se desprende la actividad infractora, es conocido como «red flag». Así se ha fallado. Véase en *Capitol Records, LLC vs. Vimeo LLC*, 826 F.3d 78 (2d Cir. 2016); *Viacom Int'l vs. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19 (2d Cir. 2012).

⁴⁶¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea: *Sanoma y otros vs. GS Media MV*, Sentencia C-160/15, de 8 de septiembre de 2016, considerando 55.

norteamericanos han exigido una relación estrecha entre ambas circunstancias, por sobre la mera capacidad de eliminar o bloquear el acceso al contenido infractor.

En tal sentido, en sentencia de 2012, la Corte de Apelaciones para el Segundo Circuito de Estados Unidos, a fin de determinar el derecho y capacidad de control del intermediario, en ligazón con el beneficio económico recibido, exigió «algo más» que la posibilidad técnica de eliminar o bloquear el contenido infractor, definiendo ese «algo más» como la influencia sustancial en la actividad de los usuarios, aun cuando no se adquiriera conocimiento específico de la infracción particular de que se trate⁴⁶².

Ahora bien, como hemos venido señalando, la DCE excluye de la elegibilidad de puerto seguro al intermediario de alojamiento por la infracción a la propiedad intelectual de un tercero, cuando el destinatario del contenido actúa bajo su autoridad o control.

Lo anterior resulta relevante en la medida en que el contenido creado por los usuarios de Internet se hace en los términos previstos por los intermediarios de host. Así por ejemplo, Facebook establece las condiciones bajo las cuales puede publicarse contenido en la plataforma participativa, así como Wikipedia se reserva la facultad de edición de contenidos generados por los usuarios, ergo, el producto de contenido tendrá como fuente la intervención del usuario y del intermediario.

A su vez, la aplicabilidad de la condición de exención de responsabilidad en comento, resulta difícil de determinar cuando los contenidos se publican en un sitio web, bajo el control de un «moderador» en razón de la naturaleza de la función que desempeñan. Sin perjuicio de lo anterior, vale adelantar que los tribunales austríacos han sentenciado que los moderadores no remunerados de un foro en línea no son responsables de la infracción a la propiedad intelectual de los usuarios, bajo la lógica de la falta de proximidad como justificante de la ausencia de conocimiento de la infracción⁴⁶³.

⁴⁶² Véase en *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19, 38 (2d Cir. 2012).

⁴⁶³ Véase en THIBAUT VERBIEST, Ulys et al. (2007). Study on the liability of Internet intermediaries [en línea] Disponible < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2575069 > [18 octubre de 2019].

3. Intermediarios de acceso masivo a contenidos en línea

Reservamos este particular apartado para efectuar un análisis en torno a una figura de intermediación que, aun cuando no escapa de la tradicional categorización de los modelos regulatorios, desarrolla su modelo digital a partir de notas especiales y características que justifican un tratamiento separado y que, incluso, dieron lugar al establecimiento de un nuevo marco normativo en la CE, esto es, los intermediarios de acceso masivo a contenidos en línea.

En términos generales, este tipo de intermediario responde al desarrollo de formas combinadas intra y extra-intermediación, según precisaremos en el desarrollo de nuestros argumentos.

Si un usuario accede al canal YouTube de la BBC, hay una serie de intermediarios entre él y quien generó el contenido. 1) El periodista o corresponsal, 2) la BBC o intermediario tradicional, que es el editor, 3) La plataforma YouTube donde se operan los contenidos y 4) luego aparecen una serie de intermediarios tecnológicos que permiten la comunicación a través de YouTube, desde el prestador de servicios de conexión a Internet hasta el prestador de servicios de hospedaje de contenido y de caché. Pues bien, el presente apartado se dirige al intermediario «YouTube».

Esta plataforma fue creada en el año 2005 por Chad Hurley, Steve Chen y Jawed Karim en California. Originalmente, apuntaba a una tecnología que permitiera a los usuarios publicar y compartir videos, avanzando hacia la introducción de campañas publicitarias pagadas por editores que valoraban el crecimiento en el tráfico del portal⁴⁶⁴, así como también el éxito del modelo fue valorado por Google Inc., quien en el año 2006 compró la plataforma por 1.650 millones de dólares⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ ANTOLÍN PRIETO, Rebeca. (2012). YouTube como paradigma del vídeo y la televisión en la Web 2.0. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Facultad de Ciencias de la Información Audiovisual y Publicidad I, Universidad Complutense de Madrid, p. 27.

⁴⁶⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Adrián. (2019). YouTube como plataforma de difusión de contenido y soporte publicitario. Análisis de los youtubers más relevantes en el ámbito nacional español. Tesis para optar al grado

En su evolución, las actividades en línea así como el consumo de contenidos de terceros, han venido creciendo exponencialmente, lo que genera una presión sobre los límites de los derechos y deberes de las plataformas de acceso masivo como YouTube. Algunas formas reactivas a la sindicada presión han buscado alivio a través de la implementación de mecanismos automatizados de filtraje de contenido a escala masiva, claramente no previstos por los legisladores de los modelos regulatorios de principios del segundo milenio⁴⁶⁶.

Ciertamente el volumen del negocio de YouTube lo posiciona como la plataforma con más cantidad de visitas. Así, en el año 2015 tenía casi 400 horas de videos cargados en cada minuto y en mayo de 2019 esa cifra alcanzó hasta las 500 horas de reproducciones, según se muestra en el gráfico siguiente.



467

de Máster en Administración y Dirección de Empresas, Facultad de Administración y Dirección de Empresas, Universidad Politécnica de Valencia, p. 39.

⁴⁶⁶ En el mismo sentido, U.S. Copyright Office. (2020). Op. cit., p. 10.

⁴⁶⁷ Gráfico extraído de CLEMENT, J. (2019). Hours of video uploaded to YouTube every minute as of Mayu 2019. Statista [en línea] Disponible < <https://www.statista.com/statistics/259477/hours-of-video-uploaded-to-youtube-every-minute/> > [consulta: 7 agosto 2019].

Cabe apuntar que la tecnología integrada por YouTube es el streaming, es decir, la emisión y visualización de contenidos para comunicar públicamente, en donde el usuario no requiere descargar el contenido gracias a la transferencia continua de datos⁴⁶⁸, mientras que el modelo de negocio que desarrolla es el de la venta de publicidad y el de la suscripción de servicios premium.

Antes de la respuesta europea sobre el rol que debían desempeñar estos intermediarios en la contención de las infracciones a los derechos involucrados en el espacio digital, dentro de los cuales se encuentran los de propiedad intelectual, el escenario jurisprudencial era similar a aquel previo a la DCE. Existía al respecto, divergencia de inclinaciones: por un lado, podía mantenerse el estatuto vigente en el tratamiento de los intermediarios de acceso masivo a contenidos digitales, por otro, podía impulsarse un tratamiento diferenciado⁴⁶⁹.

En este orden de ideas, la condición de pasividad se ve tensionada por las actividades de indexación y catalogación de contenidos ejercidas por las grandes plataformas de contenidos, así como por la inserción de anuncios o la circunstancia de permitir a los usuarios que el contenido sea visible sólo para sus contactos (incluso par algunos de ellos), lo que hace cuestionable la no intervención de los intermediarios en la selección de los destinatarios de los contenidos.

Particularmente en el caso de YouTube, la selección de determinados videos para anclarlos en el sitio como «videos destacados» hacen debatible la calidad de intermediario «pasivo» en la puesta a disposición de los contenidos⁴⁷⁰.

Con todo, el diseño del nuevo modelo regulatorio europeo introducido por la PDMUD y la Directiva 790, persiguió despejar las interrogantes relativas a la responsabilidad que les cabe a las actividades de intermediación cuyo modelo de negocio sean la reproducción o referenciación de forma automática de grandes cantidades de obras visuales protegidas por

⁴⁶⁸ ORTEGO RUIZ, Miguel. (2015). Prestadores de servicios de Internet y alojamiento de contenidos ilícitos. Madrid, Editorial Reus, p. 21.

⁴⁶⁹ ARROYO AMAYUELAS, Esther. (2020). Op. cit., p. 817.

⁴⁷⁰ Op. cit., p. 818.

derechos de autor, impulsando la conclusión de acuerdos con los titulares de derechos, a fin de garantizar la equitativa remuneración de sus derechos («value gap»).

Sin lugar a dudas, dentro del proceso de construcción del modelo de la PDMUD y de la Directiva 790, que se extendió por 5 años (2014-2019), la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico Europeo y al Comité de las Regiones, denominada «Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa», de 2016, visibilizó la crisis del tratamiento de las formas de intermediación de hace dos décadas.

Esta Comunicación reconoce en forma expresa que el régimen regulatorio de la DCE fue concebido en un periodo incipiente de Internet, en donde las plataformas no tenían las dimensiones o características actuales, advirtiendo que el problema de la falta de adecuación entre las morfologías de intermediación de la DCE y aquellas vigentes en la escena digital de hoy, no dice relación con la existencia de un régimen de no responsabilidad/condicionada de los intermediarios de Internet, sino más bien, con la necesidad de despejar algunas dudas circundantes al espacio de intermediación que ha de imputarse a los nuevos intermediarios a efectos de determinar su elegibilidad dentro de los puertos seguros establecidos por la DCE⁴⁷¹.

El precitado instrumento, en consideración del papel desempeñado por las plataformas digitales en la economía colaborativa, declara: «En el proceso de evaluación y modernización de la ejecución de los derechos de propiedad intelectual, la Comisión analizará el papel que puedan desempeñar los intermediarios en la protección de tales derechos (también contra las falsificaciones) y estudiará la conveniencia de modificar el marco jurídico específico de esa ejecución»⁴⁷².

⁴⁷¹ Comisión Europea. (2016). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico Europeo y al Comité de las Regiones: Las plataformas en línea u el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa. COM(2016) 288 final, p. 9 [en línea] Disponible <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0288&from=ES>> [consulta: 13 mayo de 2020].

⁴⁷² Op. cit. p. 10.

En efecto, la CE hizo evaluación de los éxitos y fracasos del modelo regulatorio de la DCE, considerando una gran cantidad de propuestas legislativas, poniendo de relieve los problemas de hermenéutica legal en que se había sumergido el TJUE durante los últimos años, justificando la reforma alrededor de la incompatibilidad de ciertas prácticas digitales para con los fines perseguidos por el legislador europeo⁴⁷³, en términos de que la falta de adecuación apareció como evidente.

En el citado contexto, documentos de trabajo de la CE dan cuenta de la relevancia de examinar el modelo de negocio de los intermediarios de acceso masivo a contenidos digitales, como Facebook y YouTube, que ponen material a disposición de los usuarios bajo modalidades de acceso gratuito («freemium model»), empero, su principal fuente de ingresos es la publicidad. Otras plataformas, como Twitter, utilizan el modelo de reventa o reutilización interna de los datos de los usuarios, es decir, dicho intermediario vende sus datos públicos⁴⁷⁴.

Lo anterior en concordancia con la dudosa «no intervención» de los intermediarios en los contenidos puestos a disposición de los usuarios, ante la derivación de tendencias y estadísticas personales que venden a los anunciantes, lo que colisiona con ciertos espectros volitivos de la cibernavegación dado que no parece claro el consentimiento de los usuarios para el tratamiento de sus datos de navegación⁴⁷⁵.

⁴⁷³ En idéntico sentido, véase a LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Aurelio. (2016). La reforma del sistema de derechos de autor en la Unión Europea. Estado de la cuestión. Revista de Propiedad Inmaterial (22): p. 103.

⁴⁷⁴ Comisión Europea. (2016). Online platforms. Accompanying the document Communication on Online Platforms and the Digital Single Market. Commission Staff Working Document. COM(2016)288 [en línea] Disponible < <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/commission-staff-working-document-online-platforms>> [consulta: 13 mayo de 2020].

⁴⁷⁵ Op. cit., p. 33.

4. Adecuación de los fines de los modelos regulatorios de Internet

« (...) Internet policy in the 21st century cannot be one-size-fits-all. Policymakers must address differences within and among stakeholder classes».

U.S. Copyright Office, Report 2020, p. 2.

4.1 Tutela cooperativa M₂

4.1.1 Modelo norteamericano

A diferencia del modelo europeo, el de la DMCA no ha sido objeto de modificación normativa del rol ejercido por los intermediarios de contenidos de Internet. Sin embargo, el Congreso norteamericano encomendó hace algunos años a la U.S. Copyright Office la construcción de un informe que diera cuenta de la apreciación de dicha repartición y de la valoración de los actores de Internet sobre el enforcement del modelo.

En efecto, el último reporte de la U.S. Copyright Office de 2020, asienta en gran medida las razones fundantes acerca de la necesidad de comenzar con un proceso de cambio normativo y en el cual el Congreso norteamericano ha venido canalizando sus esfuerzos por medio de distintas iniciativas de reflexión sobre los cambios devenidos desde la entrada en vigencia de la DMCA en 1998 hasta hoy.

De allí que la consideración de los fines tenidos en vista por el legislador de la DMCA, constituyen una valiosísima fuente de valoración de la adecuación para con la realidad digital vigente.

En tal sentido, el reporte 2020 de la U.S. Copyright Office propone recalibrar las formas cooperativas de participación de los intermediarios de Internet y los usuarios,

sustituyendo la cooperación voluntaria a la que apuntaba el Congreso, por deberes legales de cooperación en la protección de la propiedad intelectual en línea⁴⁷⁶.

4.1.2 Modelo europeo

La Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo expresa, con convicción, que la finalidad de tutela cooperativa de los derechos de autor en línea fue y sigue siendo un fin al cual debe apuntar el régimen de modernización de la propiedad intelectual en la CE. En tal sentido, el I Informe sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital, de 2018, en torno a la propuesta de Considerando 39 de la PDMUD, establece:

«La cooperación entre los proveedores de servicios que comparten contenidos en línea y los titulares de derechos reviste esencial importancia para el funcionamiento de las medidas. En particular, los titulares de derechos han de facilitar la información pertinente a los proveedores de servicios que comparten contenidos en línea para que puedan identificar sus contenidos a la hora de aplicar las medidas. Los proveedores de servicios deben ser transparentes para con los titulares de derechos en lo que respecta a las medidas desplegadas para así hacer posible la evaluación de su idoneidad. Al evaluar la proporcionalidad y la eficacia de las medidas aplicadas, deben tenerse debidamente en cuenta las limitaciones y restricciones tecnológicas, así como la cantidad o el tipo de obras u otras prestaciones cargadas por los usuarios de los servicios. De conformidad con el artículo 15 de la Directiva 2000/31/CE, si procede, la aplicación de las medidas por parte de los proveedores de servicios no debe consistir en una obligación general de supervisión y debe limitarse a garantizar que no se pueden realizar en sus servicios usos no autorizados de obras u otras

⁴⁷⁶ U.S. Copyright Office. (2020). Op. cit., p. 2.

prestaciones concretas protegidas por derechos de autor que se hayan notificado debidamente»⁴⁷⁷.

En cuanto a las manifestaciones de la tutela cooperativa como fin de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales, el Informe I sobre la PDMUD promueve un mecanismo de protección a los derechos de los titulares de propiedad intelectual, a través de la fisonomía cooperativa de acuerdos de licencias y, en términos generales, de la búsqueda de una «solución amistosa» que permita a los intermediarios de acceso masivo a contenidos en línea y a los titulares de derechos, arribar a una posición cooperativa de tutela de sus derechos e intereses⁴⁷⁸.

Singularmente, el artículo 13 de la PDMUD⁴⁷⁹ adopta la propuesta de la Comisión de Asuntos Jurídicos, estableciendo que los intermediarios de intercambio o acceso masivo a contenidos en línea, están sujetos a la carga cooperativa de adoptar medidas adecuadas y proporcionadas para la explotación de contenidos, en el marco de los acuerdos de licencias adoptados con los titulares de derechos.

Con todo, lo anterior no agota los deberes de cooperación de los intermediarios de acceso masivo, sino que se extiende a la adopción de medidas para impedir que estén disponibles en sus servicios obras u otras prestaciones identificadas por los titulares de los derechos.

⁴⁷⁷ Parlamento Europeo. (2018). I Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital. COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD). Documento de Sesión, Comisión de Asuntos Jurídicos, pp. 40-41.

⁴⁷⁸ Op. cit., p. 42.

⁴⁷⁹ Artículo 13 DMUD: « Los proveedores de servicios de la sociedad de la información que almacenen y faciliten acceso público a grandes cantidades de obras u otras prestaciones cargadas por sus usuarios adoptarán, en cooperación con los titulares de derechos, las medidas pertinentes para asegurar el correcto funcionamiento de los acuerdos celebrados con los titulares de derechos para el uso de sus obras u otras prestaciones o para impedir que estén disponibles en sus servicios obras u otras prestaciones identificadas por los titulares de los derechos en cooperación con los proveedores de servicios. Esas medidas, como el uso de técnicas efectivas de reconocimiento de contenidos, serán adecuadas y proporcionadas. Los proveedores de servicios proporcionarán a los titulares de derechos información adecuada sobre el funcionamiento y el despliegue de las medidas, así como, en su caso, información adecuada sobre el reconocimiento y uso de las obras y otras prestaciones».

Por su parte, la Directiva 790 potencia la adecuación de la finalidad de tutela cooperativa entre los intermediarios de Internet y los titulares de derechos, entre otros, a partir de lo dispuesto en el artículo 13, en cuanto a los mecanismos de negociación.

Bajo dicha óptica, la Directiva en comento prevé el apoyo a la resolución de complejidades negociales a través de organismos imparciales o de mediadores que los Estados miembros deberán notificar a la Comisión a más tardar el 7 de junio de 2021.

4.2 Equilibrio de intereses M₂

4.2.1 Modelo norteamericano

Bajo las mismas consideraciones preliminares contenidas en el apartado sobre la tutela cooperativa en el modelo norteamericano, la finalidad de equilibrio de intereses ha sido puesta en posición de jaque a partir de las transformaciones tecnológicas y de la variación de la intermediación de 1998.

En este sentido, el reporte 2020 de la U.S. Copyright Office alineó el fin de equilibrio de intereses con la realidad digital vigente, bajo el prisma de ejemplos de «best practices»⁴⁸⁰.

Lo anterior implica el reconocimiento de que el modelo de la DMCA requiere urgentes ajustes y, además, que ha sido superado en cuanto al cumplimiento de sus fines por la práctica digital de algunos actores de Internet, tales como los procesadores de pago y redes publicitarias.

Dichos intermediarios modernos han venido desplegando sus esfuerzos para contener las infracciones a la propiedad intelectual de terceros, terminando la prestación del servicio para los usuarios que ofrecen material infractor, cortando el suministro de ingresos que para

⁴⁸⁰ U.S. Copyright Office. (2020). Op. cit., p. 37.

éstos últimos representa la vulneración de los derechos de autor en línea («follow the money»⁴⁸¹).

Con todo, y en insistencia de la falta de fuerza vinculante de los instrumentos de mejores prácticas de los actores de Internet, la U.S. Copyright Office sostiene la necesidad de que el equilibrio sea perseguido desde la seguridad jurídica que brinda la legislación⁴⁸².

Sin perjuicio de lo anterior, resulta manifiesto que algunos actores de Internet han perseguido el equilibrio que la DMCA no proporcionada, a través de relevantes instancias que conjugan esfuerzos dirigidos a la prosecución del fin planteado. como aquella generada en el año 2007 por las industrias creativas (CBS, Disney, Fox, Microsoft, MySpace, NBC Universal, Sony Pictures Veoh y Viatcom) que elaboraron los «Principios UGC» (la sigla significa «user generated content»), incorporando pautas para abordar la creciente piratería digital, pero, especialmente, la difusión del contenido cargado en la red que infringe los derechos de autor⁴⁸³.

Lo esencial en la extrapolación de la iniciativa de buenas prácticas antes reseñada es que el producto es coincidente con la regulación del rol de los nuevos intermediarios que recogía la solución europea en el marco de la PDMUD, esto es, la implementación de tecnología de filtrado dirigido a proteger los derechos de los autores, informándoles cuando se detecte una vulneración a sus derechos. Sin embargo, debemos advertir que la Directiva 790 no recogió dicha carga colaborativa respecto de los intermediarios de Internet.

⁴⁸¹ En el año 2015, Google Inc., apoyó el proceso de «follow the money» iniciado por el Ministro de Cultura Francés, suscribiendo una carta de mejores prácticas para combatir las infracciones a la propiedad intelectual en línea. «Los firmantes de esta carta están comprometidos con el establecimiento de principios claros y transparentes para evitar que los servicios publicitarios interactúen con ‘sitios corruptos’». Véase en Google. (2018). How Google Fights Piracy, p. 16 [en línea] Disponible < https://www.blog.google/documents/25/GO806_Google_FightsPiracy_eReader_final.pdf> [consulta: 13 mayo de 2020].

⁴⁸² U.S. Copyright Office. (2020). Op. cit., p. 36.

⁴⁸³ Comunicado de prensa, The Walt Disney Co. et al., Líderes de la industria de Internet y medios de comunicación revelan principios para fomentar en la innovación en línea mientras se protegen los derechos de autor (18 de octubre de 2007) [en línea] Disponible < <https://thewaltdisneycompany.com/press-releases/>> [consulta: 13 mayo de 2020].

Por su parte, los Principios UGC albergan el fin del equilibrio, al igual que lo hizo la PMUD en el modelo europeo, en requerimiento de que la tecnología de filtraje se utilice de manera equilibrada en torno al legítimo interés de los titulares de derechos de bloquear el acceso al contenido no autorizado y al legítimo interés de los intermediarios de Internet y de los usuarios.⁴⁸⁴

Ciertamente las iniciativas descritas no satisfacen la necesidad de potenciar el equilibrio entre los diversos, y muchas veces contrapuestos, intereses de los actores de Internet, en gran medida porque no incluyen a pequeños creadores y usuarios individuales, por lo que toca al Congreso norteamericano contemplar las lagunas que la DMCA y la práctica digital no han cubierto en el cumplimiento de la finalidad en comento.

4.2.2 Modelo europeo

Por su parte, en la escena europea, el I Informe sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital, de 2018, sigue siendo un buen instrumento de referencia de evaluación de la realidad digital vigente ante la cual se enfrentan los nuevos desafíos de la propiedad intelectual en línea, de cara al mantenimiento de un régimen de cargas equilibradas en la contención de la infracción de los derechos de autor en línea.

La óptica del establecimiento de un estatuto equilibrado en la determinación del rol que los intermediarios de Internet deben desempeñar en la salvaguarda de los derechos de los usuarios, en el marco del diseño del modelo regulatorio de la PDMUD, tuvo a la vista la figura de los intermediarios de acceso masivo a contenidos digitales.

⁴⁸⁴ «Copyright Owners and UGC Services should cooperate to ensure that the Identification Technology is implemented in a manner that effectively balances legitimate interests in (1) blocking infringing user-uploaded content, (2) allowing wholly original and authorized uploads, and (3) accommodating fair use». Principles for User Generated Content Service. Foster Innovation. Encourage Creativity. Thwart Infringement [en línea] Disponible < <http://ugcprinciples.com/> > [consulta: 15 enero 2021].

Así las cosas, el I Informe sobre la PDMUD expresa que el «creciente desequilibrio entre plataformas potentes» y la protección de los derechos de los titulares de propiedad intelectual, ha provocado una «notable regresión en el panorama mediático a escala regional»⁴⁸⁵.

Dentro de esta línea, el informe referido hace hincapié en la necesidad de reajustar el equilibrio perdido en la implementación del modelo de la DCE, lo que se manifiesta en los siguientes aspectos:

a) Definición de la comunicación al público del contenido alojado. Los intermediarios de Internet, especialmente aquellos que explotan contenidos cargados por los usuarios y que facilitan el acceso al público de éste, dentro de los cuales se encuentran los de acceso masivo a contenidos en línea, deben concretar acuerdos de licencia con los titulares de derechos de autor, a menos que puedan acogerse al régimen de no responsabilidad/condicionada de la DCE para los intermediarios de alojamiento (artículo 14)⁴⁸⁶.

Claramente el modelo de la PDMUD establece una diferenciación de tratamiento entre el intermediario de alojamiento del artículo 14 de la DCE y el intermediario de acceso masivo a contenidos en línea, indudablemente, no se trata del mismo intermediario.

b) Adopción de medidas adecuadas y proporcionadas para la evitación de la disposición de obras protegidas por derechos de autor. En el contexto del considerando 38 de la PDMUD, la Comisión de Asuntos Jurídicos proponía considerar que, a falta de acuerdos de licencia de derechos de autor, los intermediarios de acceso masivo a contenidos digitales, debían adoptar medidas tecnológicas eficaces en la contención de la propiedad intelectual de terceros, empero, dichas medidas debían ser proporcionadas tanto al volumen del modelo de negocio ejecutado como a la afectación de otros derechos de los usuarios⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ Parlamento Europeo. (2018). Op. cit., p. 31.

⁴⁸⁶ Op. cit., p. 38.

⁴⁸⁷ Op. cit., p. 39.

c) La adopción de medidas tecnológicas de contención de infracción a los derechos de los autores y titulares se abocaban al restablecimiento del equilibrio perdido, en especial consideración de la prevalencia de los derechos contenidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁸⁸.

Con todo, cabe hacer presente que la Directiva 790 eliminó las referencias a los intermediarios que almacenan y facilitan el acceso al público de grandes cantidades de contenido, sustituyéndolas por la de «proveedores de servicios de intercambio de contenidos en línea».

En cambio , la Directiva 790 recoge un régimen de tratamiento diferenciado, no respecto de los intermediarios de acceso masivo a contenidos en línea, sino que respecto de los nuevos intermediarios, es decir, aquellos que lleven menos de 3 años a disposición del público en la UE y cuyo volumen de negocios anual sea inferior a 10.000.000 euros, a los cuales solo podrá exigírseles ciertas cargas cuando hayan incluido contenido no autorizado en sus plataformas y no hayan hecho todo el esfuerzo posible para obtener la referida autorización.

⁴⁸⁸ Consúltense en CE. (2000). Carta de los derechos fundamentales de la unión europea. Diario Oficial de las Comunidades Europeas [en línea] Disponible < https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf > [13 mayo de 2020].

CAPÍTULO QUINTO

EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS INTERMEDIARIOS DE INTERNET EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN LÍNEA

1. Ideas preliminares

El rápido crecimiento que vivenció el Internet en la década de los 90 abrió paso a una serie de interrogantes relativas al rol y a las responsabilidades de los diversos actores del ciberespacio. El fundamento de lo anterior adhiere a la constatación práctica de los riesgos, no conocidos, ergo, sin precedentes, plantados por Internet en torno a la protección de las obras creativas.

Los mecanismos que facilitaban la distribución de obras protegidas, como el Mp3, contribuyeron a alentar un clima de inseguridad en el espacio digital ante la inserción de nuevos modos de infracción a los derechos de autor.

Con todo, la problemática de la época no ramificaba sus efectos tan solo respecto de los titulares de derechos de autor, sino que se extendía hacia los intermediarios de Internet, en la medida en que no existía certeza respecto de la línea o límite de supervisión de las actividades infractoras a la propiedad intelectual en base a la necesidad de minimizar las posibilidades de verse expuesto a demandas de responsabilidad civil.

De allí que, a partir de los primeros años de la década de los 90', los sistemas jurisprudenciales (norteamericano y europeo) se vieron enfrentados a la resolución de una serie de demandas civiles de orden indemnizatorio que pretendían responsabilizar a los intermediarios de Internet por los daños causados por sus usuarios al infringir la propiedad intelectual de terceros.

Sin embargo, los lineamientos jurisprudenciales no fueron claros en épocas previas a la introducción de los modelos regulatorios de Internet, según se especificará en los acápites siguientes.

2. Jurisprudencia norteamericana

«Quien recibe una idea de mí, recibe instrucción sin disminuir la mía; igual que quien enciende su vela con la mía, recibe luz sin que yo quede a oscuras»

Thomas Jefferson, *The Writting of Thomas Jefferson*, Carta de T. Jefferson a Isaac McPherson, 13 agosto de 2813.

La historia de la discusión jurídica norteamericana del copyright se ha construido a partir de las enseñanzas de Thomas Jefferson desde una perspectiva instrumental, en cuya base se enlaza a la libertad de un individuo para utilizar el conocimiento de los demás, así como a la libertad del sujeto para excluir a otros del mismo⁴⁸⁹.

En dicho orden de ideas, la propiedad intelectual es conductiva del progreso humano y promotora del mejoramiento de su existencia. De allí que Thomas Jefferson diera inicio al tratamiento de resistencia a los monopolios del conocimiento y de la información, por tanto, los derechos exclusivos de sus titulares aspiran al establecimiento de una cadena de estímulos en el espiral creativo de humanidad⁴⁹⁰.

En armonía con lo anterior, la Corte Suprema de Estados Unidos ha sentado jurisprudencia uniforme en torno al rol que desempeña la propiedad intelectual de cara al desarrollo científico y de las artes. En tal sentido, en *Mazer v. Stein*, del año 1954, expresaba que la filosofía económica subyacente al otorgamiento de patentes y derechos de autor del

⁴⁸⁹ CHON, Margaret. (1993). Postmodern: «Progress»: Reconsidering the copyright and patent power. *DePaul Law Review* (43-1): p. 104.

⁴⁹⁰ Harvard L. (2009). Designing the public domain. *Harvard Law Review* (122-1): p. 1489.

Congreso, es la convicción de que el estímulo al esfuerzo individual es el mejor mecanismo de promoción del bienestar público a través del talento de los autores⁴⁹¹.

Lo anterior reseña de manera correcta la noción de propiedad intelectual que prima en el ámbito norteamericano, en cuya virtud el trabajo creativo de los autores debe ser alentado y recompensado, empero, vinculado causalmente al efecto último de la legislación protectora del copyright de promoción de acceso a la literatura, músicas y obras de arte para el bien público en general⁴⁹².

A su vez, algunos autores norteamericanos han anotado que los pronunciamientos judiciales sobre la relación causa-efecto del reconocimiento de los derechos de los autores en pos del beneficio público en la realización de actividades creativas, llevan implícitos la premisa de que la ausencia de este beneficio, trae aparejada la admisión de que la concesión de derechos de autor sería injustificada⁴⁹³.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que adherimos a la posición que está por criticar la caracterización del derecho de autor en casos como *Mazer*, como una visión reduccionista que subvalora la relación causal entre la recompensa de los autores y el progreso de la ciencia, superponiendo el afán de lucro de los creadores y admitiendo como efecto supeditado a este, el beneficio público resultante de la proliferación del conocimiento⁴⁹⁴, lo que es, en gran medida, el impulso de la introducción del modelo regulatorio de la PDMUD y de la Directiva 790 en la escena europea.

Lo anterior no resulta baladí si se tiene presente que la noción de derechos de autor impactará directamente en el rol que se atribuya a los intermediarios en la protección de la propiedad intelectual en Internet.

⁴⁹¹ *Mazer v. Stein*, (347 U.S. 201, 1954).

⁴⁹² *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, (422 U.S., 1975).

⁴⁹³ Sobre los fundamentos norteamericanos del derecho de autor, véase en NIMMER, Melville y NIMMER, David. (2020). *Nimmer on Copyright*. Vol. 1. Los Ángeles, Irell & Manella LLP, p. 249.

⁴⁹⁴ Op. cit. p. 255.

En otros términos, la justa retribución de los autores propenderá hacia un régimen de deberes y cargas para los intermediarios en la consecución de la finalidad última de contención de las infracciones a la propiedad intelectual en el ciberespacio versus la priorización del avance científico, acceso a la cultura y apertura al mercado digital, en cuya virtud los deberes de los intermediarios en la batalla contra la infracción al copyright no constituyen grandes cargas desde una perspectiva comparativa.

Por otra parte, la justa retribución de los autores en la experiencia europea, sobrepasa la noción instrumental de derecho de autor en el debate jurídico y en la jurisprudencia norteamericana y ha dado paso a la redefinición del modelo regulatorio de la DCE.

2.1 Escena jurisprudencial norteamericana Pre-DMCA

Antes del modelo regulatorio de intermediación de contenidos digitales dispuesto por la DMCA, Estados Unidos era testigo de la discusión sobre la posibilidad de atribuir responsabilidad a los intermediarios de Internet por las infracciones a los derechos de autor cometidas por sus usuarios.

En la citada esfera de discusión, los tribunales estadounidenses barajaron tres hipótesis de atribución de responsabilidad respecto de los intermediarios de Internet: responsabilidad directa, responsabilidad vicaria y responsabilidad contributiva, éstas últimas como formas de responsabilidad indirecta.

En los siguientes apartados profundizaremos en estas hipótesis a fin de evidenciar el camino poco uniforme de los tribunales norteamericanos, contexto que impulsó la legislación introducida por el Congreso a través del modelo de la DMCA en búsqueda de la certeza jurídica frente a los pronunciamientos judiciales que venían estableciendo criterios disímiles en la determinación de la responsabilidad de los intermediarios de Internet.

Así las cosas, el quid del debate sobre la responsabilidad de los intermediarios se centraba en la definición de ella respecto de las medidas y cargas con que debía ser delineado el accionar de los intermediarios en la contención a la vulneración de los derechos de autor⁴⁹⁵.

Cabe apuntar que, en los estrados de la Corte Suprema (en *Sony Corp. of Am. V. Universal City Studios* en el año 1984, reiterando el criterio allí sustentado en *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.* en el año 2005⁴⁹⁶), nacen las doctrinas de responsabilidad indirecta o secundaria en base a los principios de derecho consuetudinario⁴⁹⁷ y no a raíz de un desarrollo normativo.

2.1.1 Responsabilidad directa de los intermediarios

La infracción directa a la propiedad intelectual se configura a partir de la constatación de que un sujeto es titular de derechos de autor y de que un tercero ha violado esa propiedad⁴⁹⁸.

Ciertamente las actividades desarrolladas por los intermediarios de Internet, en calidad de proveedores de contenidos, generan responsabilidad directa de éstos por las infracciones a la propiedad intelectual de terceros.

Así las cosas, en el plano civil, el titular de derechos de autor podrá perseguir la indemnización de los daños morales y patrimoniales según las reglas generales. Lo anterior no resiste debate.

⁴⁹⁵ GENC, Berrak. (2018). Reconsidering the law of contributory liability on the Internet: Analysis on the trade mark issues, challenges and the remedy. Thesis Submitted for the Degree of PhD, University of Sussex, Department of Law, Politics and Sociology, p. 29.

⁴⁹⁶ *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005), Syllabus.

⁴⁹⁷ *Sony Corp. v. Universal City Studios*, Op. cit., p. 463.

⁴⁹⁸ DANDNGAM, Taragade. (2009). Internet Service Provider liability for third-party copyright infringement. A comparative study between US and EU approaches. Tho what should an ISP be held liable for third-party copyright infringement? Law and Technology, Faculty of Law, Master Thesis, p. 18.

Sin embargo, fuera de lo evidente de la precitada circunstancia de responsabilidad directa, la participación del intermediario en la actividad infractora ponía de relieve un espectro de responsabilidad directa que debía ser zanjada desde la voz jurisprudencial.

a) Playboy Enterprises Inc. v. Frena

En el año 1993, la Corte Distrital de Florida, decidía sobre la responsabilidad del intermediario Frena como operador de un servicio de anuncios informáticos (intermediario de alojamiento), también conocidos como «Bulletin Board System o BBS», en el que un suscriptor subió unas fotografías no autorizadas por el titular de las mismas.

Aun cuando Frena eliminó el contenido infractor y desplegó acciones de monitoreo para evitar el reposicionamiento de las fotografías que infringían propiedad intelectual de un tercero, el tribunal consideró que era directamente responsable de la actividad ilícita, esto es, de la exhibición y distribución del contenido protegido por derechos de autor, calificando de insuficiente el desconocimiento de la vulneración por parte del intermediario.

En tal sentido, la Corte sentenció que la exhibición pública cubre cualquier supuesto de copia del contenido, incluso si aquello se limita a clientes que pagan por suscripción⁴⁹⁹. El fallo alude a la infracción directa en consideración de que el elemento volitivo de infracción a los derechos de autor no es requisito para la determinación de la vulneración a la propiedad intelectual⁵⁰⁰.

El trasfondo de la decisión de la Corte dice relación con el entendimiento jurisprudencial de la década de los 90' de que la transmisión de contenidos se satisfacía con el acto de suministrar copias a los usuarios del servicio. Particularmente en *Playboy Enterprises Inc. v. Frena*, el tribunal determinó la infracción a los derechos de distribución y

⁴⁹⁹ En el mismo sentido, véase en *Columbia Pictures Indus., Inc. v. Redd Home Inc.*, 749 F.2 154 (3d Cir. 1984).

⁵⁰⁰ *Playboy Enterprises Inc. v. Frena*, 839 F.Supp 1552 (M.D. Fla. 1993), I. Copyright infringement, p. 7.

exhibición pública⁵⁰¹, por el hecho de permitir la descarga e intercambio de contenido no autorizado por el titular de los derechos de autor.

En último término, la responsabilidad directa atribuida por la Corte a la demandada, se basó en la infracción a la sección 43 (a) de la Ley de Marcas de 1946 (conocida como «Ley Lanham»), que disponía que cualquier persona que, en relación con cualquier bien o servicio, o cualquier contenedor de bienes, utilizara en el comercio cualquier palabra, término, símbolo o dispositivo, o cualquier combinación de los mismos, o cualquier denominación falsa, descripción falsa o engañosa de un hecho, o representación falsa o engañosa de un hecho, haciendo probable la inducción a confusión, error o engaño en cuanto a la afiliación, conexión o asociación de dicha persona con otra persona, o en cuanto al origen, patrocinio o aprobación de sus bienes, servicios o actividades comerciales de otra.

Por tanto, para la Corte Distrital de Florida, aun cuando Frena no tuviera conocimiento de la actividad ilícita, consideró que los usuarios eran inducidos a creer que las fotografías de Playboy que se alojaban en sus redes estaban aprobadas por ésta.

2.1.2 Responsabilidad contributiva de los intermediarios

a) Religious Technology Center v. Netcom On-line Communications Services, Inc.

En *Religious Technology Center v. Netcom On-line Communications Services, Inc.*, la Corte Distrital de California del año 1996 analizó los alcances de la responsabilidad del intermediario, en un caso en que se demandó a Netcom como intermediario de acceso a Internet, por las publicaciones en un tablón de avisos al cual Netcom permitía el acceso,

⁵⁰¹ LIPSZYC, Delia. (2005). El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital. XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Países de América Latina, Asunción, 7 a 11 de noviembre de 2005, p. 7.

realizadas por parte de un suscriptor de contenido presuntamente infractor, confirmando la decisión del tribunal de primera instancia del año 1994.

La demandada, intermediario de acceso a Internet, participaba en la cadena de distribución de anuncios «Usenet», ofreciendo a sus usuarios acceso a ésta última. En otros términos, facilitaba el acceso a las publicaciones de un BBS particular. Sin perjuicio de lo anterior, Netcom no determinaba el contenido de la información disponible en los tabloneros de anuncios, por tanto, no tenía control de la información a la que acceden sus suscriptores⁵⁰².

En este orden de cosas, y a diferencia de la decisión predecesora en la materia (*Playboy Enterprises Inc. v. Frena*), el tribunal consideró que Netcom no realizó ninguna acción o intervención directa en las copias del trabajo distribuido sin autorización del titular de propiedad intelectual.

El tribunal determinó que la actividad de intermediación de acceso a Internet no podía servir de base para la atribución de responsabilidad directa, empero, el intermediario sí podía ser sujeto pasivo de demandas por responsabilidad contributiva. Sin perjuicio de lo anterior, este espectro de responsabilidad fue rechazado por el tribunal en consideración de que la demandante no pudo acreditar que Netcom tenía conocimiento de la actividad infractora⁵⁰³.

Un aspecto importante a destacar en este caso, es el criterio de acción coadyuvante a la infracción a los derechos de autor desplegada por los intermediarios, diseñado jurisprudencialmente para dar un curso de acción judicial al titular de derechos de autor contra un tercero que, con conocimiento de la actividad infractora, induce, causa o contribuye

⁵⁰² *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc.*, Op. cit.

⁵⁰³ En el mismo sentido y sobre la evolución jurisprudencial del rol de los intermediarios de Internet en base a la adecuación para con la realidad digital vigente, véase a JIA, Kai. (2016). From immunity to Regulation: Turning point of Internet intermediary regulatory agenda. *The Journal of Law and Technology at Texas* [en línea] Disponible en < <https://jolttx.com/2016/10/08/immunity-regulation-turning-point-internet-intermediary-regulatory-agenda/> > [consulta: 13 junio 2020].

materialmente a la actividad vulneratoria de sus derechos⁵⁰⁴, todo como consecuencia del concepto de agravio de responsabilidad empresarial⁵⁰⁵.

La doctrina de infracción contributiva de derechos de autor fue extrapolada a partir de los principios generales del derecho de daños. El fundamento de lo anterior es la justificación análoga del repudio a la intrusión en un interés de propiedad⁵⁰⁶.

Ahora bien, el criterio de conocimiento de la actividad infractora en base a la tesis de la responsabilidad contributiva tiene como antecedente sentencias anteriores al desarrollo exponencial de Internet, tales como Sony Corp. v. Universal City Studios del año 1984, en cuya virtud el tribunal (por mayoría de cinco votos) consideró que no era posible considerar que la demandada había concurrido a la infracción, en la medida en que la previsión de que la venta de equipos de copia podía servir a terceros para infringir derechos de propiedad intelectual⁵⁰⁷, era insuficiente para configurar la responsabilidad contributiva⁵⁰⁸, considerando, además, que los equipos permitían usos legítimos y no necesariamente infractores⁵⁰⁹.

Cabe señalar que el citado criterio ha tenido continuidad en el análisis de la configuración de la responsabilidad contributiva como valoración del conocimiento específico de la actividad infractora exigida al intermediario de Internet, de suerte que el conocimiento genérico sobre la posibilidad de que uno o más usuarios pueden desarrollar actividades ilícitas facilitadas o permitidas por la tecnología dispuesta por el intermediario,

⁵⁰⁴ Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc., Op. cit.

⁵⁰⁵ Sobre la noción de «torts» en el marco de la responsabilidad contributiva, véase a YEN, Alfred. (2009). Torts and the construction of inducement and contributory liability in Amazon and Visa. Columbia Journal of Law & the Arts (32): p. 2.

⁵⁰⁶ Véase en ODDI, Samuel. (1989). Contributory copyright infringement: The tort and technological tensions. Notre Dame Law Review (64-1): p. 51.

⁵⁰⁷ Con la introducción de las videgrabadoras se introdujo el concepto tecnológico de «timeshigting» que refiere la posibilidad de pausar en directo una reproducción. Véase en LARDNER, James. (1987). I-The Betamax Case. The New Yorker [en línea] Disponible en <<https://www.newyorker.com/magazine/1987/04/06/i-the-betamax-case>> [consulta: 13 enero 2021].

⁵⁰⁸ En el mismo sentido, véase a DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. (2004)., Op. cit. p. 39.

⁵⁰⁹ Sony Corp. v. University City Studios, (464 U.S., 1984).

resulta insuficiente para arribar a la conclusión de que dicho intermediario ha contribuido a la materialización de la infracción a los derechos de autor⁵¹⁰.

Otro antecedente importante del caso Netcom fue Cable/Home Communication Corporation v. Network Productions, Inc., decidido por la Corte de Apelaciones del 11 Circuito, en el año 1990. En el caso sublite, Cable/Home demandó a Network, productor de un programa de noticias utilizado para realizar una campaña informativa para los suscriptores de televisión por cable, sobre la existencia de dispositivos diseñados para romper o derrotar los métodos de codificación de las señales de los programadores de televisión por cable.

En dicha instancia, en clave de responsabilidad directa, el tribunal de alzada sentenció que existía responsabilidad propia de Netcom por el uso, demostración, promoción y venta del chip que representaba una copia del programa de Cable/Home, lo que no se circunscribía dentro de la excepción del «fair use»⁵¹¹.

Luego, en el ámbito de la responsabilidad contributiva, la Corte consideró que este tipo de infracción debe, necesariamente, derivar de una infracción directa o primaria, definiendo el sujeto infractor-colaborador como aquel que estaba en posición de controlar el uso de obras con derechos de autor por parte de otros y, desde dicha posición, autoriza el uso sin permiso del propietario de la propiedad intelectual.

En sentido estricto, la infracción directa a la propiedad intelectual es requisito sine qua non de la responsabilidad contributiva

Suma al fallo de Netcom, además del conocimiento de la infracción, la pasividad del intermediario en la configuración de su responsabilidad contributiva. En este punto resulta relevante subrayar un axioma derivado de Netcom, transversal a la tutela de la propiedad intelectual, que no tiene relación con la falta de adecuación de los modelos regulatorios de Internet para con la realidad digital vigentes, y es que el estándar de la infracción directa o

⁵¹⁰ En el mismo sentido, véase a YEN, Alfred. (2009). Op. cit., p. 2.

⁵¹¹ Op. cit., 1. Copyright violations, a. Direct copyright infringement. Annals of Law [en línea] Disponible en <<https://www.newyorker.com/magazine/1987/04/06/i-the-betamax-case>> [consulta: 14 junio 2020].

propia debe ser satisfecho según la normativa de derecho de autor para que el intermediario sea responsable contributivamente de la conducta ilícita de sus usuarios, ergo, no es posible atribuir este tipo de responsabilidad al intermediario de Internet cuando la legislación protectora de los derechos de autor excepciona la actividad supuestamente infractora como límite o excepción a la propiedad intelectual⁵¹².

Ciertamente, si la actividad infractora del usuario se enmarca dentro de la doctrina del uso justo, no es posible imputar responsabilidad contributiva al intermediario⁵¹³.

b) Sega Enterprises Ltd. v. Maphia

En el año 1994, una Corte Distrital de California condenó al demandado, operador de tableros de anuncios informáticos que permitía a los usuarios cargar sin autorización, juegos de propiedad de Sega. Luego, además de permitir su alojamiento, los juegos podían ser descargados abriendo paso a la posibilidad de realizar copias adicionales.

El razonamiento judicial tuvo como axioma irrefutable que quien, con conocimiento de la actividad infractora, induce, causa o contribuye materialmente a la realización de ésta, puede ser considerado como infractor coadyuvante. Adicionalmente, el tribunal consideró que, aun cuando los demandados no sepan exactamente cuándo se cargarán o descargarán los juegos del tablón de anuncios de MAPHIA, su papel en la copia, incluida la provisión de instalaciones, dirección, conocimiento y estímulo, equivale a una infracción de derechos de autor⁵¹⁴.

La hipótesis contributiva de responsabilidad de Maphia fue abordada desde la perspectiva de la participación indirecta del demandado, induciendo activamente a sus usuarios a cargar el contenido no autorizado (juegos), proporcionando una hoja de ruta para

⁵¹² En nuestro sistema de propiedad intelectual las limitaciones y excepciones al derecho de autor y a los derechos conexos están establecidos en el Título III de la Ley N° 17.336.

⁵¹³ ODDI, Samuel. (1989)., Op. cit. p. 60.

⁵¹⁴ Sega Enterprises Ltd. v, Maphia F. Supp. 679 (N.D.Cal. 1994).

facilitar la identificación de los mismos, así como la policitación de fotocopiadoras a la venta, facilitando a los usuarios la utilización de los juegos descargados de forma ilícita.

Resulta de sumo interesante en este caso, destacar el rol que desempeña el aspecto subjetivo de la conducta del intermediario, toda vez que no se trata del conocimiento en clave de pasividad sostenido por Netcom, sino que existe de parte del demandado una voluntad de que se desarrolle la conducta infractora propia o directa.

En esta etapa de desarrollo jurisprudencia, un aspecto esencial es que en materia de responsabilidad contributiva los tribunales norteamericanos exigieron un elemento de causalidad y de voluntariedad en la actividad infractora, de donde se desprende la superación del estándar de pasividad de Netcom.

2.1.3 Responsabilidad vicaria de los intermediarios

La responsabilidad vicaria de los intermediarios se configura si éstos tienen derecho y capacidad de controlar los actos de sus usuarios y si reciben un beneficio pecuniario directo de la infracción.

Durante el diseño del modelo regulatorio de la DMCA, la House of Representatives, en Report 105-551, especificaba que el elemento de beneficio financiero de la responsabilidad vicaria del intermediario de Internet, no era un concepto definido ni claramente delimitado, así como tampoco las nociones de «derecho» y «capacidad» de control⁵¹⁵, empero, como veremos, tampoco fueron clarificadas desde la instancia legislativa.

⁵¹⁵ House of Representatives. (1998)., Op. cit. Part. pp. 25-26.

a) Marobie-FL, Inc. v National Association of Fire Equipment Distributors and Northwest Nexus, Inc.

En este caso del año 1997 el demandante era propietario de los derechos de autor sobre una imagen diseñada para ser utilizada por la industria de equipos contra incendios, empero, ésta fue utilizada sin autorización por la demandada que hospedaba su contenido en la red de un intermediario de alojamiento (Northwest Nexus, Inc.), por lo que demandó al infractor directo y al intermediario por responsabilidad contributiva y vicaria, a la vez.

En la especie, el intermediario alojó y puso a disposición de sus usuarios contenido protegido por derechos de autor y no autorizado por su titular. El Distrito Norte de Illinois, diferenció entre los supuestos hechos infractores a la propiedad intelectual, entre la infracción directa de Nafed y la eventual infracción indirecta de Northwest.

En esta última hipótesis el tribunal consideró dos criterios en que apoyó el rechazo de una supuesta responsabilidad vicaria⁵¹⁶:

- i. No existía claridad sobre la capacidad de control o monitoreo de las actividades de sus usuarios.
- ii. La ausencia del beneficio pecuniario directo de la actividad infractora respecto del intermediario de alojamiento, toda vez que cobraba una tarifa plana a Nafed, sin variación sujeta a la cantidad de visitantes de la página que alojaba.

⁵¹⁶ Marobie-FL, Inc. v. National Association of Fire Equipment Distributors and Northwest Nexus, Inc., 983 F. Supp. 1167 (N.D.Ill.1997).

2.2 Escena jurisprudencial norteamericana Post-DMCA

Tal y como apuntábamos con antelación, la DMCA aparece como la respuesta legislativa ante la presión ejercida por los actores de Internet, principalmente por los intermediarios, en orden a delimitar con claridad los márgenes de sus cargas en torno a la contención de las infracciones a la propiedad intelectual en el ciberespacio.

En este orden de cosas, el diseño de la Sección 512 perseguía crear un equilibrio entre los objetivos de seguridad jurídica para los intermediarios, de modo que el ecosistema de Internet prosperara sin la amenaza de un impacto económico devastador para aquellos y, de protección de los legítimos intereses de los autores y titulares de derechos de autor frente a la amenaza de la infracción desenfrenada a sus derechos posibilitada por Internet⁵¹⁷.

Como es sabido, el Congreso norteamericano optó por establecer un sistema limitativo de la responsabilidad de los intermediarios de Internet, conocido como «safe harbor» a través del establecimiento de una serie de condiciones de elegibilidad según criterios funcionales.

De esta forma, las infracciones a la propiedad intelectual de sus titulares podía ser abordada de forma expedita y extrajudicial mediante el mecanismo del NTD, condicionando a algunos intermediarios de Internet a derribar el contenido infractor tras la notificación del titular de derechos.

En el presente apartado daremos cuenta de las aristas que, a pesar de la instauración del modelo regulatorio de la DMCA, aún permanecen en zonas grises.

⁵¹⁷ U.S. Copyright Office. (2020)., Op. cit. p. 1.

2.2.1 Elegibilidad de los intermediarios de Internet

El régimen de no responsabilidad/condicionada de los intermediarios de Internet se sustenta en una serie de requisitos que deben cumplir los intermediarios a fin de resguardarse de eventuales persecuciones de responsabilidad indirecta.

Aun cuando el Congreso norteamericano elaboró una tipificación amplia de las actividades de intermediación de contenidos digitales, los contornos actuales de ciertas figuras tensionan la calificación original contenida en el modelo.

a) Intermediarios de mera conducción

A propósito de la elegibilidad circunscrita a la Subsección (a) de la Sección 512 de la DMCA, respecto de los intermediarios de acceso a Internet, la U.S. Copyright Office apunta hacia la excesiva amplitud interpretativa que los titulares de derechos de autor han reclamado de los tribunales norteamericanos.

En este orden de ideas, la Motion Picture Association of America, Inc. («MPAA»), en el Matter of Request for Comments on United States Copyright Office Section 512 Study, del año 2016, señalaba que los tribunales han ampliado erróneamente el alcance del almacenamiento transitorio de la Subsección (a), anotando que la intención del legislador del modelo regulatorio de la DMCA, era proteger a una categoría restringida de proveedores de servicios de Internet, esto es, aquellos que actúan de forma pasiva en la conducción del material infractor.

Por tanto, la actividad de intermediación exenta de responsabilidad es aquella que conduce el material infractor, no aquella que almacena transitoriamente el contenido

vulneratorio en los puntos donde se inicia o se recibe la transmisión, ergo, no mientras está en ruta⁵¹⁸.

En sentido contrario, el Noveno Circuito de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos, en *Ellison v. Robertson* del año 2003, sostuvo que un boletín que prestaba servicios de alojamiento de placas, calificaba como sujeto de conducto pasivo en los términos de la DMCA⁵¹⁹. Sin embargo, el intermediario almacenó la información durante el transcurso de 14 días, término durante el cual los usuarios podían acceder al contenido infractor.

Lo anterior parece, al menos, cuestionable, en la medida en que el almacenamiento temporal al que alude la Subsección (a) de la Sección 512 supera bajo toda lógica una extensión de 2 semanas en las cuales el material infractor era accesible por los usuarios, soslayando la falta de pasividad del intermediario.

A mayor abundamiento, la actividad desplegada por el demandado responde a la funcionalidad de hosting, ergo, para beneficiarse del puerto seguro, el tribunal debió ordenar la constatación de las condiciones de la Subsección (c), considerando que en nada se diferencia un contrato de hospedaje que se extiende por 14 días a la actividad desplegada por el demandado.

Sin lugar a dudas, el forzamiento tipificador de la Corte trae aparejados nocivos efectos en cuanto a la tutela de los derechos de propiedad intelectual, dado que los intermediarios de mera conducción, según la DMCA, no están obligados a derribar el contenido infractor una vez que toman conocimiento de una eventual vulneración a partir de la notificación de su titular.

⁵¹⁸ MPAA. (2016)., Op. cit., p. 7.

⁵¹⁹ *Ellison v. Robertson*, 357 F.3 1072 ((9th Circ., 2003).

b) Intermediarios de caching

Por su parte, la limitación de responsabilidad definida para los intermediarios de almacenamiento temporal o caché, tampoco ha estado exenta de discusión, a raíz de la noción de temporalidad contenida en la Subsección (b) de la Sección 512 de la DMCA.

Según el último reporte de la U.S. Copyright Office, la intención del legislador de la DMCA, era albergar dentro esta tipología de actividad de Internet, toda aquella tecnología que sirviera de intermediación entre el sitio de origen y el usuario final, proporcionando almacenamiento temporal del material, aumentando el rendimiento de la red y reduciendo la congestión cibernética⁵²⁰.

Empero, la realidad digital ha plantado nichos de dudas sobre la elegibilidad de los intermediarios en torno a la función de almacenamiento en caché, mediante el cual el intermediario almacena «temporalmente» contenido de un sitio de origen, a fin de facilitar el acceso a los usuarios que, posteriormente, soliciten acceso a éste.

Al respecto, una Corte Distrital de Nevada, en el año 2006, e inspirado en la decisión de *Ellison v. Robertson* del año 2003, determinó que un intermediario cumple con la limitación de temporalidad si las copias del contenido infractor están almacenadas en su caché por un máximo de 20 días, en referencia al funcionamiento del caching de Google⁵²¹.

Con todo, resulta cuestionable que el Congreso norteamericano haya tenido por intención incluir actividades de intermediación de caching dispuestas por casi 3 semanas, dentro de la Subsección (b)⁵²².

Por otra parte, la Corte de Nevada, en *Field v. Google* interpreta la condición de pasividad dispuesta por la Subsección (b), de una manera abierta y deliberadamente amplia.

⁵²⁰ U.S. Copyright Office. (2020)., Op. cit. p. 24.

⁵²¹ Blake A. Field v. Google, INC., 412 F. Sipp. 2d 1106 (2006).

⁵²² MPAA. (2016). Matter of Request for Comments on United States Copyright Office Section 512 Study. In the Matter of Request for Comments on United States Copyright Office Section 512 Study, Docket. N° 2015-7, Before the Library of Congress United States. Copyright Office, de 1 de abril de 2016, p. 8.

Esto porque a pesar de que la Sección 512 (b) (1) (B) dispone que el material debe ser transmitido por una persona que no sea el intermediario, empero, la Corte sostuvo que esa «otra persona» podría ser el propio intermediario de caché⁵²³.

c) Intermediarios de hosting

Respecto de los intermediarios de hospedaje, la DMCA exige que éstos no tengan conocimiento real de la actividad o material infractor que alojan, ni de los hechos o circunstancias que hagan presumir la infracción y que actúen expeditamente en la remoción del contenido una vez que hayan tomado conocimiento.

Luego, la Subsección (c) de la Sección 512, exige que el intermediario de alojamiento no reciba beneficio pecuniario directamente imputable a la actividad infractora, siempre que tenga derecho y capacidad de control de dicha actividad.

Resulta evidente que el Congreso recogió en la Subsección (c) los elementos considerados por los tribunales norteamericanos para excluir o atribuir al intermediario las formas de responsabilidad indirecta (contributiva y vicaria), esto es, i) conocimiento, ii) beneficio pecuniario y, iii) derecho y capacidad de control, respectivamente.

En tal sentido, la DMCA tipifica la actividad de intermediación, para efectos de su elegibilidad, excluyendo la responsabilidad del intermediario que presta servicios de alojamiento de datos, respecto de la infracción a los derechos de autor «en razón» del almacenamiento bajo la dirección de un usuario del material que reside en un sistema o red controlada u operada por o para el intermediario.

⁵²³ «Field next claims that Google's cache does not satisfy the requirements of Section 512(b)(1)(B). Section 512(b)(1)(B) requires that the material in question be transmitted from the person who makes it available online, here Field, to a person other than himself, at the direction of the other person. Field transmitted the material in question, the pages of his Web site, to Google's Googlebot at Google's request. Google is a person other than Field. Thus, Google's cache meets the requirement of Section 512(b)(1)(B)». Blake A. Field v. Google, INC., Op. cit.

Ciertamente, el análisis post-DMCA de la U.S. Copyright Office ha venido anotando lo difuso que resulta la delimitación de lo que significa «en razón» de la actividad de almacenamiento, ampliando la interpretación a fin de cubrir actividades «relacionadas» con el almacenamiento, de una manera probablemente no prevista por el Congreso⁵²⁴.

La proyección legislativa de la actividad de alojamiento que tuvo a la vista el Congreso al tiempo de diseñar la DMCA, se restringía a las actividades que servían para proporcionar un espacio en el servidor para el sitio web de un usuario, para una sala de chat u otro foro en el que se puede publicar material según las instrucciones de los usuarios⁵²⁵.

Sin embargo, según tuvimos oportunidad de profundizar en el capítulo cuarto del presente estudio, las formas modernas de hospedaje de contenidos superan los cánones descriptivos del diseño de la DMCA.

En tal entendido, dentro de estas actividades relacionadas se han incluido la transmisión y la exhibición pública del contenido almacenado, así como la actividad de permitir a los usuarios transmitir o descargar contenidos subidos por otros usuarios y la transcodificación de videos en diferentes formatos⁵²⁶.

Así, en *UMG Recording, Inc. v. Veoh Networks Inc.*, del año 2009, una Corte Distrital de California, basa el análisis de elegibilidad del demandado para valerse del puerto seguro de hospedaje, se pronuncia sobre el caso en donde Veoh es un intermediario que opera un servicio de Internet, que permite a los usuarios compartir videos con otros, de forma gratuita.

⁵²⁴ U.S. Copyright Office. (2020)., Op. cit. p. 2.

⁵²⁵ House of Representatives. (1998)., Op. cit., Part. 2, p. 53.

⁵²⁶ ZIMMERMAN, Mitchell. (2017). Your DMCA. Safe Harbor. Questions. Answered. Fenwick & West [en línea] Disponible en < <https://assets.fenwick.com/legacy/FenwickDocuments/DMCA-QA.pdf>> [consulta: 05 junio 2020].

En el año 2008, el tribunal de primera instancia determinó que Veoh sí cumplía con las condiciones de elegibilidad de la Subsección (c), en la medida en que la actividad de los usuarios ocurre en ocasión o en razón de los servicios prestados por el intermediario⁵²⁷.

Precisamente con ocasión del examen de la elegibilidad del intermediario dentro de la Sección 512, la Corte Distrital señala que en fallo del 2008, el Distrito Norte de California, ya se había abocado a dicha determinación, señalando que la DMCA no pretendía imponer a los intermediarios de hospedaje el deber de vigilar los derechos de autor de terceros, así como tampoco arriesgar el fin del negocio del intermediario⁵²⁸, por tanto, la cuestión radicaba en definir si Veoh adoptó las medidas adecuadas para hacer frente a la infracción de derechos de autor.

En suma, la Corte Distrital de California elaboró su argumento de elegibilidad alrededor de la Subsección (c), señalando que ésta solo resulta aplicable a los proveedores de servicios que tienen «control sustancial» sobre el acceso de los usuarios al contenido de sus sistemas, adicionando que, si ese grado de control fuera, per se, suficientemente determinado por el disfrute del beneficio económico directo que recibe a partir del desarrollo de su actividad, en términos de excluir su elegibilidad para el puerto seguro, generaría el fenómeno del «Catch-22»⁵²⁹.

Para la Corte, la capacidad de controlar y eliminar contenido, son características que un intermediario de alojamiento de contenidos debe detentar para beneficiarse del puerto seguro.

Desde otra perspectiva, la Corte determina que el cumplimiento de las condiciones de puerto seguro establecidas en la DMCA, se sujeta a la posibilidad real de que los intermediarios puedan cumplir con los requerimientos que categorizan su actividad de

⁵²⁷ UMG Recording, Inc. v. Veoh Networks Inc., 665 F. Supp. 2d 1099 (C.D.Cal).

⁵²⁸ Op. cit., E. Prior finding in Io Group that Veoh is entitled to the Section 512 (c) Safe Harbor.

⁵²⁹ La expresión «catch-22» se utiliza para referenciar una situación paradójica respecto de la cual la solución es negada por una circunstancia inherente al problema o por una regla. En la sentencia, véase en UMG Recording, Inc. v. Veoh Networks Inc., Op. cit. V. Section 512 (1)(B): Benefit from and control over.

intermediación, ergo, un intermediario no puede ser sometido a las cargas que la DMCA establece para limitar su responsabilidad, si no le es posible bajo su modelo de negocio o desarrollo de su tecnología propia, arribar a dichas condiciones, v.gr., si no tiene capacidad de control de la actividad de sus usuarios.

Ahora bien, el análisis jurisprudencial reconoce que Veoh representa un nuevo modelo de negocio en Internet, en cuya virtud el intermediario construye una audiencia, ofreciendo contenido de forma gratuita y obteniendo ganancias a través de la publicidad.

d) Premisas recogidas por el Reporte 2020 de la U.S. Copyright Office

A partir de las mesas públicas coordinadas por U.S. Copyright Office a propósito de la confección de su reporte correspondiente al año 2020, los actores de Internet que participaron en dicho proceso, consensuaron dos premisas relevantes en torno al ejercicio hermenéutico de los tribunales norteamericanos alrededor de la elegibilidad de los intermediarios de internet para valerse del safe harbor:

i. Los tribunales han interpretado las cuatro categorías de intermediarios de Internet, en términos generales, con una suerte de prescindencia de las particularidades de las transformaciones tecnológicas, los modelos de negocios y prácticas vigentes.

ii. Los tribunales han interpretado la cabida de las actividades de intermediación contenidas en la Sección 512, más allá de la intención del Congreso⁵³⁰.

Así las cosas, la MPAA en sus comentarios iniciales del año 2016, señalaba que los tribunales se han venido equivocando en torno a la construcción de las entidades y actividades elegibles para beneficiarse del safe harbor. En particular, MPAA acusa el amparo erróneo de los tribunales norteamericanos de algunas figuras de intermediación de hospedaje

⁵³⁰ «The courts have also construed the activities covered by the Section 512 safe harbors beyond what is appropriate». Universal Music Group. (2016). Comments Submitted in Response to U.S. Copyright Office's, Dec. 31, 2015. Notice of Inquiry, pp. 9-10.

de contenidos, extendiendo el alcance de la limitación hacia empresas que utilizan de forma amplia el material almacenado en sus servidores, soslayando la figura original del diseño de la DMCA que apuntaba a los intermediarios que permitían el almacenamiento y acceso de contenidos de terceros⁵³¹.

Un ejemplo de lo anterior puede hallarse en *Viacom v. YouTube* del año 2012, en cuya virtud el Segundo Circuito de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos, sostuvo que la limitación de responsabilidad dispuesta en la Subsección (c) resultaba aplicable a las funciones de software de YouTube en cuanto a la vulneración de los derechos de autor cometidas por sus usuarios, con ocasión del almacenamiento.

Sin embargo, la actividad desarrollada por YouTube no es limitativa del hospedaje de contenido mandatada por los usuarios, al contrario, su funcionalidad se extiende a la conversión de videos en un formato de visualización estándar (transcodificación); a la reproducción de videos en las páginas de visualización; a la función de «videos relacionados» a modo de sugerencia de consumo por parte de los usuarios y; a la función de distribución por terceros de los videos alojados en la plataforma YouTube.

El argumento de la Corte en *Viacom* en base al cual dio sustento a la extensión del puerto seguro de alojamiento de contenidos de la Sección 512, es que la Subsección (c) supone que el hospedaje de datos debe ir acompañado de la posibilidad de que los usuarios accedan a dicho contenido, objeto que YouTube logra a través de sus funciones de software⁵³².

El mismo criterio fue la clave justificadora de la decisión del Noveno Circuito de la Corte de Apelaciones, en *UMG Recordings, INC., v. Shelter Capital Partners* del año 2013; fallo en donde la Corte esgrimió que la actividad de almacenamiento era inclusiva de los

⁵³¹ MPAA. (2016). Matter of Request for Comments on United States Copyright Office Section 512 Study. In the Matter of Request for Comments on United States Copyright Office Section 512 Study, Docket. N° 2015-7, Before the Library of Congress United States. Copyright Office, de 1 de abril de 2016, p. 6.

⁵³² «The District Court correctly found that to exclude these automated functions from the safe harbor would eviscerate the protection afforded to service providers by § 512(c)». *Viacom International, INC. v. YouTube, Inc.*, 676 (F.3d 19, 2012), párrafo 77.

procesos de facilitación de acceso que ocurren automáticamente cuando un usuario carga el material infractor⁵³³.

2.2.2 Exclusividad de la Sección 512

El presente apartado, estrechamente vinculado con el anterior, dice relación con el debate puesto en los estrados estadounidenses a fin de desembrollar el carácter monopólico de las excepciones a la responsabilidad de los intermediarios contenidas en la Sección 512.

En otros términos, los tribunales norteamericanos se han visto enfrentados a la pregunta relativa a la exclusividad de la Sección 512 como fuente de inmunidad para los intermediarios (¿pueden los tribunales otorgar puerto seguro a intermediarios no contemplados por la DMCA?).

En el año 2001, una Corte Distrital de Maryland tuvo oportunidad de responder la precitada interrogante (*CoStar Group Inc. v. Loopnet, Inc.*).

En dicha instancia, el demandante CoStar argumentó que cualquier inmunidad para un intermediario debe provenir únicamente de la Sección 512. El demandado dirigía un sitio web que permitía a corredores publicar listados de bienes raíces comerciales que estaban a la venta, publicaciones que, con frecuencia, incluían fotografías. Por tanto, el demandante demandó al sitio web dado que fotografías de su propiedad habían sido subidas por los clientes de Loopnet.

En la etapa sumaria, el tribunal consideró que éste último no era elegible en alguno de los puertos seguros de la Sección 512. Sin embargo, en apelación para ante la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito, el tribunal aplicó el criterio sostenido en *Netcom*, aduciendo que la responsabilidad directa por infracción a los derechos de autor, requería algo más que

⁵³³ *UMG Recordings, INC., v. Shelter Capital Partners*, U.S. 718 F.3d 1006 (9th Circ., 2013).

la mera propiedad de una máquina utilizada por los usuarios para hacer copias, en referencia expresa al elemento volitivo en el plano de la infracción.

Dentro de esta línea, la Corte argumentó que la propia DMCA⁵³⁴, en la Sección 512 (l), establece que la no calificación en los supuestos allí contenidos, no pesará adversamente sobre cualquier otra defensa que el intermediario pueda deducir en apoyo a la no infracción de la misma Sección, así como tampoco respecto de cualquier otra defensa.

Ciertamente el razonamiento del tribunal parece correcto, teniendo en consideración, además, que la historia legislativa de diseño de la DMCA apunta a la no exclusividad de la normativa. Así las cosas, la House of Representatives, en Report 105-796 del año 1998, dejó constancia de que la Sección 512 no pretende implicar que un intermediario de Internet es o no responsable como infractor a los derechos de autor, ya sea por una conducta que califique como limitativa de su responsabilidad o por una que no califica⁵³⁵.

Por el contrario, las limitaciones de responsabilidad resultan aplicables en la medida en que el intermediario sea responsable según los principios legales vigentes. Suma y sigue, la legislación introducida por la Sección 512, tampoco perseguía promover la supervisión de los contenidos por parte del intermediario, a fin de detectar material infractor⁵³⁶.

Finalmente, la House of Representatives puntualiza que los tribunales no deberían concluir que los intermediarios pierden el beneficio de la elegibilidad en los puertos seguros, por la sola circunstancia de no haber realizado monitoreo de las actividades de sus usuarios⁵³⁷.

En otros términos, la Sección 512 configura un sistema de no responsabilidad/condicionada de índole basal o mínima, esto es, un piso, empero no representa un techo de inmunidad en favor de los intermediarios de Internet.

⁵³⁴ «This argument, however, is belied by the plain language of the DMCA itself». CoStar Group, INC. v. Loopnet, INC., 373 F.3d (544, 2004).

⁵³⁵ Report 105-796. Op. cit., p. 73.

⁵³⁶ *Ibidem*.

⁵³⁷ *Ibidem*.

2.2.3 Responsabilidad indirecta de los intermediarios

A fin de cubrir los más relevantes aspectos de la evolución jurisprudencial en torno al rol que deben desempeñar los intermediarios en la contención de las infracciones a la propiedad intelectual en línea, proseguiremos nuestro estudio en el ámbito norteamericano, con el examen de algunas sentencias norteamericanas post-DMCA sobre las hipótesis de responsabilidad indirecta o secundaria de los intermediarios.

Si bien es cierto, la Sección 512 tenía por objeto otorgar seguridad a los intermediarios de contenidos digitales y proteger la explotación de su modelo de negocio ante eventuales demandas de responsabilidad civil secundaria por infracción a los derechos de autor de terceros, su entrada en vigencia no eliminó los litigios que pretenden hacer efectiva la responsabilidad indirecta de dichos intermediarios.

Con todo, la historia legislativa del modelo regulatorio de la DMCA, da cuenta de que el Congreso optó por no embarcarse en una aclaración íntegra de las zonas grises presentes en los estrados norteamericanos en el periodo anterior a su construcción, esencialmente sobre teorías de responsabilidad secundaria de los intermediarios, inclinándose por dejar, en ese punto, la normativa en un estado de evolución⁵³⁸.

A su vez, el Reporte 105-551 de 1998, de la House of Representatives, contiene la opinión del House Commerce Committee, que expresaba que la Sección 512 no venía a desempeñar un rol tipificador de infracciones a los derechos de autor en el ambiente digital, así como tampoco uno creador de nuevas excepciones a los derechos exclusivos bajo la normativa de derecho de autor. A mayor abundamiento, aun cuando la actividad desarrollada por un intermediario no pueda ser incluida dentro de aquellas especificadas en la Sección 512, aquello no configura una infracción necesaria al copyright.

⁵³⁸ Senate. (1998). Report 105-190. Op. cit., p. 19.

En dicho escenario, los tribunales deberán determinar sus responsabilidades en la infracción a la propiedad intelectual, direccionando su actuar a las teorías de responsabilidad secundaria (contributiva y vicaria)⁵³⁹.

En tal sentido, algunos autores norteamericanos apuntan que resulta lamentable la refundición jurisprudencial de las reglas de responsabilidad secundaria, reinterpretando sustancialmente principios existentes, evidenciando una revolución de la responsabilidad indirecta en materia de derechos de autor en la realidad digital⁵⁴⁰.

Con apenas un año de vigencia de DMCA, el tantas veces citado caso Napster, característico de los desafíos de adecuación del modelo regulatorio norteamericano a los nuevos desarrollos tecnológicos (redes peer to peer), se pronunciaba sobre las tesis de responsabilidad secundaria de los intermediarios de Internet.

En dicha oportunidad, la Corte californiana construía la noción de responsabilidad contributiva en materia de copyright, en armonía a los criterios judiciales emblemáticos de la época pre-DMCA (Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios del año 1984), en orden a exigir la conjunción de los siguientes elementos copulativos en su configuración:

i. Criterio de accesoriedad-dependencia: Un reclamo de infracción contributiva a los derechos de autor, solo puede prevalecer si existe y se comprueba una infracción directa por parte de un tercero, lo que en el caso Napster quedó de manifiesto en brazos de la actividad infractora de los usuarios que descargaban e intercambiaban archivos musicales sin la autorización de sus titulares⁵⁴¹.

ii. Criterio del conocimiento: En la especie, el requisito del conocimiento de la actividad infractora fue sopesado por el tribunal, sin exigir un conocimiento real, satisfaciendo el criterio bajo el parámetro de la existencia de motivos para saber de la

⁵³⁹ Report 105-551. Part. 2., Op. cit., p. 64.

⁵⁴⁰ BARTHOLOMEW, Mark y TEBRANIAN, John. (2007). The secret life of legal doctrine: The divergent evolution of secondary liability in trademark and Copyright Law. Berkeley Technology Law Journal (21-4), p. 1364.

⁵⁴¹ A&M Records, INC., v. Napster, Op. cit.

infracción directa de sus usuarios⁵⁴², lo que no guarda armonía con lo establecido en la Sección 515 (c), que precisamente, alude a un conocimiento real de la conducta infractora.

iii. Criterio de inducción: Luego, el elemento de inducción, causa o contribución propiamente tal, es satisfecho en cuanto la conducta de Napster evidenciaba la inducción, v.gr., documento del cofundador de Napster, Sean Parker, que mencionaba la necesidad de mantener en estado de ignorancia los nombres reales y direcciones IP de los usuarios, en razón de que se estaba intercambiando música de forma ilegal⁵⁴³.

Lo anterior expone la estrategia comercial de Napster en torno al intercambio de música no autorizada por sus titulares.

Luego, en el año 2005, en *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.*, la Corte Suprema puntualizó que quien distribuye un dispositivo con el objeto de infringir derechos de autor, es responsable por los daños ocasionados a sus titulares⁵⁴⁴.

La U.S. Copyright Office ha señalado que la automatización en el desarrollo de las actuales tecnologías, complejiza la aplicación del criterio del conocimiento en la atribución de responsabilidad contributiva a los intermediarios de Internet, en la medida en que cada vez con mayor potencia, la relación entre usuario e intermediario está gobernada por la tecnología⁵⁴⁵.

Cabe agregar que fallos posteriores han discurrido entre admitir una subcategoría de responsabilidad secundaria⁵⁴⁶, esto es, la responsabilidad inductiva a la que parece aludir la Corte en el caso *Grokster* o, por el contrario, se trata de una teoría independiente⁵⁴⁷.

⁵⁴² La Corte sigue en este punto el razonamiento comprendido en *Cable/Home Communication Corp. v. Network Production, INC.*

⁵⁴³ *A&M Records, INC., v. Napster, Op. cit.*

⁵⁴⁴ *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd., Op. cit.*

⁵⁴⁵ U.S. Copyright Office. (2020)., *Op. cit.* p. 23.

⁵⁴⁶ Véase *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC., Op. cit.; Grp., Inc. v. Jordon*, 708 F. Supp. 2d 989, 999 (N.D. Cal. 2010).

⁵⁴⁷ Véase *Abbey House Media, Inc. v. Apple Inc.*, 66 F. Supp. 3d 413, 419–22 (S.D.N.Y. 2014); *Sarvis v. Polyvore, Inc.*, núm. Civ. A. 12-12233 (2015); *Columbia Pictures Indus., Inc. v. Fung*, 710 F.3d 1020, 1029–31 (Noveno Cir. 2013).

Ahora bien, en lo que a responsabilidad vicaria respecta, la Sección 512 no tuvo por objeto cerrarle las puertas en cuanto a la imputación de aquella al intermediario que utiliza material infractor para atraer o retener a sus usuarios en sus sitios web o redes, es decir, en los casos en que del modelo de negocio y del valor monetario del producto o servicio prestado por el intermediario, se deriva de forma clara el acceso de los usuarios al contenido infractor o, cuando el intermediario cobra tarifas adicionales por acceder al material no autorizado⁵⁴⁸, la responsabilidad vicaria parece clara.

En palabras de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos (Cuarto Circuito), en *Als Scan, INC. v. Remarq Communities, INC*, del año 2000, la DMCA se reserva para los intermediarios de Internet que desarrollen acciones «pasivas» y «automáticas» de cara a la infracción de los derechos de autor por sus usuarios, involucrándose simple y llanamente a través de un proceso tecnológico iniciado por otro y sin su conocimiento.

Sin embargo, la inmunidad ofrecida a los intermediarios por la Sección 512, no es presuntiva, por el contrario, se otorga solo a los intermediarios «inocentes»⁵⁴⁹, que puedan acreditar falta de conocimiento (real o constructivo), según la propia DMCA. A contrario sensu, el beneficio del safe harbor, desaparece en cuanto los intermediarios pierden su «inocencia», es decir, cuando toman conocimiento de la actividad infractora⁵⁵⁰.

En este punto, se transfiere la responsabilidad al intermediario de derribar el contenido infractor, resguardando que la infracción no se repita, amén de la consecución de la finalidad de tutela cooperativa a la cual debe adecuarse el modelo regulatorio de la DMCA⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ *ALS Scan v. Remarq Communities, Inc.*, 239 F. 3d 619, 625 (4th Cir. 2001).

⁵⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁵⁰ American Association of Independent Music et al. (2015). Joint Comments, in the Matter of Request for Comments on United States Copyright Office Section 512 Study, Docket. N° 2015-7, Before the Library of Congress United States. Copyright Office, de 1 de abril de 2016, p. 8.

⁵⁵¹ House of Representatives. (1998). Report 105-796., Op. cit., p. 72.

3. Jurisprudencia europea

A diferencia del modelo regulatorio instaurado por la DMCA, que limita la responsabilidad civil de los intermediarios de Internet (contributiva o vicaria), la DCE implementó un régimen limitativo de responsabilidad de carácter horizontal, que se extiende al otorgamiento de puertos seguros en favor de los intermediarios que cubren la responsabilidad de éstos por cualquier tipo de contenido ilegal proporcionado por sus usuarios.

El fundamento de esta nota distintiva de la regulación europea radica en el presupuesto de que los intermediarios de Internet pueden llevar a cabo la misma actividad técnica (v.gr. transmisión, almacenamiento en caché o alojamiento de contenidos de terceros), con prescindencia del tipo de contenido involucrado⁵⁵².

La precedente afirmación cuenta con apoyo en la historia de diseño de la DCE. En tal sentido, el Report on the Communication from the Commission to the Council, el Parlamento Europeo del año 1998 reconocía la naturaleza horizontal del problema de la responsabilidad de los intermediarios Internet⁵⁵³, en diversas áreas, v.gr. derechos de autor, marcas comerciales, publicidad engañosa, protección de datos personales, contenido obsceno, incitación al odio, etc.⁵⁵⁴.

De allí que el tratamiento de la responsabilidad de los intermediarios de Internet haya sido abordado en la DCE, de forma transversal y no exclusiva a la propiedad intelectual. A su vez, la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, sobre la armonización de ciertos aspectos del derecho de autor y derechos relacionados en la sociedad de la información de la Unión Europea, del año 2001, no comprendió reglamentación al respecto, en consideración del tratamiento de la temática en la DCE.

⁵⁵² PEGUERA, Miquel. (2009)., Op. cit. p. 482.

⁵⁵³ Report on the Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on a European Initiative in Electronic Commerce (COM(97)0157- C4-0297/97), p. 11.

⁵⁵⁴ Op. cit., p. 22.

Sin perjuicio de lo anterior, la Directiva 2001/29/CE reforzó la postura de horizontabilidad de la DCE⁵⁵⁵.

A este respecto, la DMCA se separó de la CDA que acogía la noción de horizontabilidad, estableciendo que ningún proveedor o usuario de un servicio informático sería tratado como editor o locutor de cualquier información proporcionada por un proveedor de contenido⁵⁵⁶.

Poco después de la instauración del modelo regulatorio de la DMCA en el año 1998, se inició formalmente el trabajo legislativo europeo, que condujo finalmente a la aprobación de la DCE el 8 de junio del año 2000.

En este orden de ideas, la DCE adapta la Sección 512 de la DMCA a efectos de conceder un régimen limitativo de responsabilidad (horizontal) a los intermediarios de Internet.

Lo anterior obedece a la intencionalidad del legislador europeo en orden a blindar a los intermediarios de Internet ante cualquier tipo de infracción, estableciendo un verdadero

⁵⁵⁵ «La cuestión de la responsabilidad que se deriva de las actividades realizadas en el contexto de red no sólo se refiere a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor sino también a otros sectores, tales como la difamación, la publicidad engañosa o la violación de marcas registradas, y se trata de manera horizontal en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico, en el mercado interior ("Directiva sobre el comercio electrónico")(4), que aclara y armoniza diversos aspectos jurídicos relacionados con los servicios de la sociedad de la información, incluido el comercio electrónico. La presente Directiva debe aplicarse respetando un calendario similar al de la aplicación de la Directiva sobre el comercio electrónico, puesto que dicha Directiva dispone un marco armonizado de los principios y normas relativos, entre otras, a ciertas partes importantes de la presente Directiva. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las normas sobre responsabilidad previstas en la citada Directiva». Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, considerando 16.

⁵⁵⁶ Communications Decency Act, 47 U.S.C § 230 (c)(2).

Ahora bien, al tiempo de la introducción de la TDA, el tema de la responsabilidad de los intermediarios de Internet por las infracciones a los derechos de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios, ya había sido arduamente discutida. De allí que el Congreso apoyaba el trabajo en foros internacionales, en donde se incluyera a la OMPI, a fin de alcanzar estándares para la protección adecuada y efectiva de la propiedad intelectual en Internet ya en el año 95. LEHMAN, Bruce. (1995). The report of the Working Group on Intellectual Property Rights. Information Infrastructure Task Force, Ronald H. Brown, Secretary of Commerce, p. 130.

régimen de exención de responsabilidad, en términos amplios, favoreciendo la prestación de servicios digitales transfronterizos⁵⁵⁷.

3.1 Escena jurisprudencial europea Pre-DCE

Tal como adelantáramos, el cuadro europeo preexistente a la DCE del año 2000 no permaneció ajeno al debate sobre las diversas aristas que rodeaban la temática de la responsabilidad de los intermediarios de Internet por las infracciones cometidas por los usuarios de sus redes, según se evidencia en los acápite siguientes.

a) Grodfrey v. Demond Internet Ltd.

En el año 1999, la Hight Courts of Justice Queen's Bench Division de Londres («QBD») decidió un caso sobre difamación en el entorno digital, empero, definió el rol del intermediario de alojamiento de contenidos en torno a las infracciones de los derechos de terceros.

Así las cosas, la QBD consideró que el intermediario Demond, al almacenar contenido ajeno, tenía la opción de no alojar el material difamatorio o de borrar la publicación difamatoria al tiempo de tomar conocimiento de ésta.

Sin embargo, Demond no eliminó el contenido difamatorio de motu proprio, sino que éste se eliminó de forma automática del servidor después de transcurridos 15 días de su publicación inicial.

Sin perjuicio de que, en estos términos, la QBD pudo condenar al demandado a reparar los daños causados a Grodfrey, lo cierto es que se abstuvo de hacerlo, tomando en

⁵⁵⁷ En el mismo sentido, véase a ORTEGO RUIZ, Miguel. (2015)., Op. cit. p. 34.

consideración que la propia conducta del demandante, en varios grupos de noticias, bien podía ser considerada como indecorosa y provocativa de respuestas vulgares y abusivas⁵⁵⁸.

Resulta interesante en este caso que el tribunal londinense parece ocupar criterios de compensación de culpas para definir la responsabilidad indemnizatoria del intermediario de Internet.

b) CompuServe

En el año 1997, la Local Court Amtsgericht Munich condenó al gerente de CompuServe, por la colaboración en la distribución de pornografía infantil.

Aun cuando el caso no trata de propiedad intelectual ni responsabilidad civil de los intermediarios de Internet, resulta relevante citarlo, en la medida en que representó la posibilidad cierta de perseguir la responsabilidad penal de los intermediarios por permitir difusión de contenido ilícito sin bloquearlo. En la especie, el intermediario, fue juzgado en base al conocimiento de la naturaleza ilícita que tenía de los contenidos y de la posibilidad técnica que tenía para bloquear el acceso a ellos⁵⁵⁹.

En tal sentido, la Corte declaró que las nuevas tecnologías implicaban riesgos potenciales que se han ampliado a dimensiones considerables en atención al alto grado de distribución que posibilidad Internet⁵⁶⁰. De donde parece hallarse la justificación de la orden emanada del tribunal para que CompuServe bloqueara el acceso de sus abonados a los contenidos ilícitos que se encontraban disponibles en los newsgroups⁵⁶¹.

Con todo, algunos comentaristas alemanes han criticado esta sentencia haciendo hincapié en la malinterpretación que hizo el tribunal germano de las nociones de

⁵⁵⁸Godfrey v. Demon Internet Limited [1999] EWHC QB 240 (23rd April, 1999).

⁵⁵⁹ Amtsgericht Munich, File No.: 8340 Ds 465 Js 173158/95.

⁵⁶⁰ *Ibidem*.

⁵⁶¹ Véase también en JIJENA LEIVA Renato. (2002)., Op. cit. p. 94.

«conocimiento», «prestador de servicios de Internet», así como de la posibilidad técnica de bloquear el acceso a los contenidos infractores⁵⁶².

c) Halliday v. Lacambre

En el año 1999, la Cour d' Appel de París confirmó la sentencia del tribunal a quo que condenaba al intermediario en razón de no haber impedido el acceso a la información protegida por el derecho a la imagen y a la intimidad (fotografías en que la demandante aparecía desnuda).

Uno de los aspectos interesantes del fallo es que la Corte francesa consideró que la actividad desarrollada por Lacambre, excedía del simple papel técnico de un simple transmisor de contenidos, de donde aparecía la necesidad de que fuera de su cargo la reparación de los daños ocasionados a terceros, sumando a lo anterior la consideración de que perseguía un fin remunerativo en la puesta a disposición del material infractor⁵⁶³.

d) Vonnis Scientology v. Providers and Karin Spaink Bodemprocedure

Un tribunal alemán, en el año 1999, conoció de la demanda de la Iglesia de la Cienciología contra uno de sus antiguos feligreses, por haber puesto a disposición de terceros en Internet, documentos cuyos derechos de autor eran de titularidad de aquella.

Confirmada la apelación, el tribunal declaró que ante la puesta en conocimiento de la infracción a la propiedad intelectual por parte del titular de los derechos, el intermediario

⁵⁶² KUNER, Christopher. (1998). Judgment of the Munich Court in the «CompuServe Case» (Somm Case) [en línea] <<http://www.kuner.com/data/reg/somm.html>> [consulta: 16 junio 2020].

⁵⁶³ Cour d'Appel de Paris, Arret du 10 Fevrier 1999, 14è Chambre, Section À RO NI - 1998116424 - 7ème page.

debe retirar o impedir el acceso al contenido infractor, so pena de ser considerado responsable de los daños causados al titular⁵⁶⁴.

Lo notable de esta consideración judicial es que dicho precedente fue extrapolado a la DCE en los artículos 13 letra e) y 14 letra b).

3.2 Escena jurisprudencial europea Post-DCE

Durante la última década, en la discusión europea se han anotado algunos problemas de adecuación de la DCE en cuanto a las formas de intermediación modernas, derivadas de las transformaciones tecnológicas, los nuevos modelos de negocio y las prácticas digitales vigentes⁵⁶⁵.

Esta forma de introducir el problema de la adecuación del modelo regulatorio europeo, resulta esencial a la hora de definir el rol que compete a los intermediarios de Internet en la contención a las infracciones a la propiedad intelectual de terceros.

Al igual que hicimos con el análisis jurisprudencial norteamericano, nos parece necesario abordar el tratamiento judicial de dicho rol, a partir de la arista de la DCE que consideramos ha suscitado mayor nivel de litigiosidad y debate.

3.2.1 Obligación de monitoreo

El artículo 15 de la DCE establece que los Estados miembros no impondrán a los intermediarios de Internet, obligaciones generales de supervisión de los datos transmitidos o almacenados, así como tampoco obligación general de realizar búsquedas activas de hechos

⁵⁶⁴ Sobre este punto, véase a CAVANILLAS MUJICA, Santiago y BARCELÓ, Rosa. (2008). La responsabilidad civil por daños causados a través de Internet. Madrid, Editorial Banco Santander Central Hispano Asesoría Jurídica Del Negocio, p. 231.

⁵⁶⁵ PEGUERA, Miquel. (2009)., Op. cit. p. 496.

o circunstancias indicadoras de actividades ilícitas, respecto de los servicios de mera conducción, almacenamiento temporal y hospedaje de datos.

A partir de aquello, algunos tribunales europeos han desechado la imposición de órdenes judiciales destinadas a evitar futuras infracciones a la propiedad intelectual, puesto que, de lo contrario, podría infringirse lo dispuesto en la precitada norma comunitaria.

Con fecha 8 de junio del año 2000 (el mismo día que entró en vigencia la DCE), la Corte de Apelaciones de Versalles⁵⁶⁶, falló en contra de un intermediario por no adoptar las siguientes medidas, según el íter contractual de que se trate:

i. En la etapa pre-contractual: el intermediario de alojamiento debe identificar, ergo, prohibir el anonimato del cliente y exigir su adhesión a un código de conducta o a cualquier procedimiento que promueva el respeto a los derechos de terceros.

ii. En la etapa de ejecución: el intermediario de hospedaje debe vigilar el contenido alojado, a través de la realización de diligencias apropiadas para eliminar o regularizar el contenido ilícito. Agrega la Corte francesa que, estas diligencias pueden ser ejecutadas por orden de autoridad competente o de forma espontánea por el intermediario.

Finalmente, la Corte sentencia que el intermediario podía exonerarse del deber de practicar las diligencias debidas, en aquellos casos en que no fuera posible apreciar la ilicitud de los contenidos alojados⁵⁶⁷.

Luego, en *Perathoner v. Pomier* del año 2001, el Tribunal de Grande Instance de París, evaluó la responsabilidad secundaria de un intermediario de referenciación, por la infracción a la propiedad intelectual de uno de sus suscriptores que alojó en un sitio web la grabación de una obra musical protegida por derechos de autor⁵⁶⁸, a la cual Free, el intermediario, permitía el acceso a través de la hipervinculación del sitio.

⁵⁶⁶ *Socit Multimanía v. Lacoste*, CA Versailles, 12e ch., June 8, 2000, D. 2000, IR 270.

⁵⁶⁷ En este punto seguimos los comentarios de DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. (2004)., Op. cit. p. 41.

⁵⁶⁸ *Perathoner v. Pomier*, TGI Paris, May 23, 2001.

La Corte determinó que el intermediario no tiene un deber general de monitoreo y que no es guardián de las computadoras en que se encontraban los datos que permitieron la producción de la infracción.

En la especie, el intermediario proporcionaba un hipervínculo al sitio web infractor. Luego, al examinar la conducta de Free en base a las normas civiles de responsabilidad francesas aplicables al caso (artículos 1382 y 1383 del Code), la Corte determinó que el intermediario había desplegado acciones tendientes a poner en conocimiento del suscriptor que algunos datos transmitidos podían vulnerar derechos de autor y, además, eliminó el acceso al sitio web al recibir la notificación de infracción⁵⁶⁹, por tanto, imponer deberes de verificación futura de la infracción implicaba la transgresión del artículo 15 de la DCE.

En armonía con lo anterior, el District Court of Brussels, en el caso *Belgian Society of Authors, Composers and Publishers (SABAM) v. S.A. Tiscali* del año 2008, el tribunal sostuvo la imposibilidad genérica de imponer deberes de monitoreo de las actividades de sus usuarios a los intermediarios de Internet, lo que no obsta a que éstos bloqueen y filtren cierta información a través de instrumentos técnicos y automatizados⁵⁷⁰.

3.2.2 Elegibilidad de los intermediarios

En el año 2009 la High Court of Justice inglesa conoció de un asunto prejudicial entre Loreal y sus filiales contra eBay, en razón de que éste último comercializaba productos de propiedad de la primera, sin autorización de la misma⁵⁷¹.

⁵⁶⁹ En el mismo sentido, véase a AMADEI, Xavier. (2002). *Standars of liability for Internet Service Providers: A comparative study of France and the United States with a Specific Focus on Copyright, defamation, and illicit content*. Cornell International Law Journal (35-1): p. 205.

⁵⁷⁰ *SABAM v. S.A. Tiscali (Scarlet)*, District Court of Brussels, No. 04/8975/A, Decision of 29 June 2007.

⁵⁷¹ *Loreal S.A v. Ebay International AG*, High Court of Justice (Chancery Division), EWHC 1094, R.P.C. 21 (2009).

En el caso señalado, el intermediario de alojamiento de contenidos, basó su defensa en el artículo 14 de la DCE, alegando la calificación de las actividades insertas dentro de su modelo de negocio en las de almacenamiento de información a través de un proceso automático, intermedio y temporal previsto por la DCE, lo que incluía la información registrada para permitir el acceso o recuperación en formato electrónico del formulario que posibilita el acceso o recuperación mediante visualización en pantalla. Agrega que la negativa de L'Oréal de participar en el programa de verificación de derechos, significó para eBay Europa el desconocimiento o consciencia de la infracción, de donde se desprendía su derecho a mantenerse inmune.

El asunto fue sometido al conocimiento del TJUE, quien en sentencia de 12 de julio de 2011, declaró que para que un prestador de servicios de Internet quede comprendido dentro del puerto seguro dispuesto por el artículo 14 de la DCE, no basta con que desarrolle una actividad de almacenamiento o alojamiento de contenidos, sino que se requiere, además, que se trate de un «prestador intermedio»⁵⁷².

Esto porque en la aplicación de la DCE debe estarse a su contexto y a las finalidades perseguidas por la normativa comunitaria, por lo que no resulta suficiente atender al tenor literal de su articulado a efectos de beneficiar a un prestador de servicios de Internet con el régimen de puerto seguro⁵⁷³.

Esta decisión sigue la misma línea definida por el TJUE en *Google France SARL y Google INC. v. Louis Vuitton Malletier S.A* del año 2010, en donde el tribunal examinó la actividad de Google en la preparación del mensaje comercial que acompañaba al enlace publicitario que infringía el derecho de propiedad industrial de Louis Vuitton, así como la determinación y selección de palabras claves, lo que le confería conocimiento y control del contenido almacenado.

⁵⁷² *L'Oréal y otros v. eBay*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-324/09, de 12 de julio de 2011.

⁵⁷³ En el mismo sentido, véase en *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, Sentencia de 16 de octubre de 2008, C-298/07, Rec. p. I-7841, apartado 15.

En tal sentido, el Tribunal declaró:

«En el caso del servicio de referenciación, consta que el anunciante que selecciona como palabra clave un signo idéntico a una marca ajena pretende que los internautas que introduzcan esta palabra como término de búsqueda pulsen no solo en los enlaces del titular de la marca que se muestren, sino también en el enlace promocional del anunciante»⁵⁷⁴.

En suma, al igual que el caso *Loreal v. eBay*, el TJUE realizó una distinción expresa entre las actividades de intermediación descritas en el artículo 14 de la DCE, cuya naturaleza y esencia es ser «meramente técnicas, automáticas y pasivas» y la actividad de referenciación (no contenida en la DCE) de Google INC.

Al respecto, el tribunal consideró que ni la remuneración percibida por Google, ni la mera concordancia de la palabra clave seleccionada para con el término de búsqueda introducido por un internauta, son suficientes para excluir a Google de las exenciones de responsabilidad de la DCE.

En cambio, el rol activo que Google desempeñó en la redacción del mensaje comercial que acompaña al enlace promocional o en el establecimiento o selección de palabras clave (a través de la funcionalidad de Google Adwords), debe ser el foco de examen jurisprudencial en orden a atribuirle responsabilidad por la infracción de los derechos de Louis Vuitton⁵⁷⁵.

Lo notable del fallo citado es que sienta un precedente importante en el marco de la elegibilidad de los intermediarios de Internet para valerse de los respectivos puertos seguros,

⁵⁷⁴ Google France SARL y Google INC., v. Louis Vuitton Malletier S.A., Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto c-236/08, de 23 de marzo de 2010, considerando 67.

⁵⁷⁵ «El órgano jurisdiccional nacional, que es el mejor situado para determinar el modo concreto en que se presta el servicio controvertido en los asuntos principales, debe partir de las anteriores consideraciones al apreciar si el papel que desempeña Google en ese contexto se corresponde con el descrito en el apartado 114 de la presente sentencia». Op. cit., considerando 120.

admitiendo que el alcance de su responsabilidad se incoa a través del desarrollo de tecnologías, modelos de negocio y prácticas digitales que mantengan la nota de pasividad⁵⁷⁶.

Cabe hacer presente que Google había sido condenado por tribunales franceses en primera y segunda instancia y al recurrir a la Corte de Casación francesa, ésta decidió suspender el procedimiento y plantear las cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

Ahora bien, el criterio sustentado por el TJUE en el caso de Google y Louis Vuitton del año 2010, fue sustentado en el año 2016, en donde el tribunal comunitario declaró que las exenciones de responsabilidad establecidas en la DCE, solo se aplican a aquellos casos en que la actividad del intermediario de Internet se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Esa actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tenga conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada»⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶ En el mismo sentido, véase a RALLO LOMBARTE, Artemi. (2017). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como juez garante de la privacidad en Internet. UNED, Teoría y Realidad Constitucional (39): p. 589.

⁵⁷⁷ Tobias Mc Fadden v. Sony Music Entertainment Germany GmbH, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-484-14, de 15 de septiembre de 2016.

CAPÍTULO SEXTO

CONSIDERACIONES FINALES

VALORACIÓN DE LA ADECUACIÓN DE LOS MODELOS REGULATORIOS

1. Transformación tecnológica: La Cuarta Revolución Industrial

Durante los últimos años se han venido develando una serie de factores que plantean el reposicionamiento de los intermediarios de Internet en cuanto al rol que estos desempeñan en la contención de la infracción a los derechos de autor de cara a la revaluación de la exigencia que el mundo digital pone en aquella tarea sobre sus hombros.

Al respecto, resulta innegable que existe una suerte de planteamiento actualizado sometido a la inserción de las nuevas tecnologías, modelos de negocios y prácticas vigentes, que reclama un acomodo de las estructuras normativas de los modelos regulatorios cuya vigencia data de hace dos décadas.

A favor del precitado entendimiento, aparecen algunas voces insertas en la discusión comparada⁵⁷⁸ y de preparación legislativa⁵⁷⁹, que promueven una invitación abierta a la adecuación de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales, en

⁵⁷⁸ Solo a modo ejemplar, véase en SCOTT, Mike. (2005)., Op. cit. p. 101; LÓPEZ GONZÁLEZ, Jesús. (2015). Op. cit. p. 27; BRIDY, Annemarie. (2016). Copyrighth's Digital Deputies: DMCA-Plus enforcement by Internet intermediaries. DRAFT, Forthcomming in Jhon A. Rothchild (Ed.), Research Handbook on Electronic Commerce Law, Edward Elgard: pp. 1-29; MADIGAN, Kevin. (2020). The truth about Global Copyright infringement [en línea] Disponible en < https://copyrightalliance.org/ca_post/the-truth-about-global-copyright-infringement/> [7 julio 2020].

⁵⁷⁹ U.S. Copyright Office. (2020). Op., cit. p. 198; Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market, de 14 de septiembre de 2016: « Even though the objectives and principles laid down by the EU copyright framework remain sound, there is a need to adapt it to these new realities», p. 2.

consideración de la forma de interacción de los intermediarios en el mundo digital, lo que configura maneras de intermediación no previstas por el legislador de principios del segundo milenio.

La aplicación y exposición de formas de intermediación digital modernas, objeta la regulación en que se sostiene el régimen de no responsabilidad/condicionada cuando los supuestos de hace 20 años han variado.

Los efectos de la «Fourth Industrial Revolution»⁵⁸⁰, expresión acuñada por primera vez en el año 2011, fueron presentados por el profesor Klaus Schwab en el Foro Económico Mundial en el año 2015, de manera que estos se circunscriben al cambio en los procesos tecnológicos impulsados por el desarrollo digital, innovaciones e invenciones materializados en la aparición de nuevos tipos de tecnologías.

En efecto, la cuarta era de la Revolución Industrial pone acento en el desarrollo de las comunicaciones y conectividad digitales⁵⁸¹. Los desarrollos tecnológicos modernos, tales como las redes sociales, y la economía colaborativa, al igual que el resto de los grandes hitos de avance de la digitalización, centran sus esfuerzos y efectos en las estructuras que facilitan el intercambio de productos e ideas⁵⁸².

La inteligencia artificial, la robótica, la impresión 3D, la nanotecnología, la biotecnología, la computación cuántica, son buenos ejemplos de la revolución en el presente acápite.

Por su parte, la aparición de nuevos modelos de negocios, la centralización de las funciones de intermediación de contenidos digitales en su explotación, la introducción de nuevos operadores y remodeladores de los sistemas de producción en el marco del comercio electrónico, el cambio de paradigma dentro de procesos asentados, tales como las formas de

⁵⁸⁰ Para una explicación sustantiva del proceso de la «Fourth Industrial Revolution», véase a XI, Min et al. (2018). *The Fourth Industrial Revolution: Opportunities and challenges*. *International Journal of Financial Research* (9-2): pp. 90-95.

⁵⁸¹ SCHWAB, Klaus. (2016). *The Fourth Industrial Revolution*. *World Economic Forum*, 2016, pp. 11-12.

⁵⁸² SCHWAB, Klaus. (2015). *The Global Competitiveness Report 2015-2016*. *World Economic Forum*, p. 46.

trabajo acusadas por la crisis pandémica producida por el Covid-19, traspasando las formas presenciales hacia modalidades de trabajo remoto o teletrabajo, son todas manifestaciones de un recambio de patrones en la forma en la que el hombre moderno vive, se comunica, se relaciona y de desarrolla.

Las razones diferenciadoras que el profesor K. Schwab ha dado para evitar la confusión entre la tercera y cuarta revolución industrial –y con las cuales coincidimos–, pueden ser sistematizadas de la forma que sigue:

a) Velocidad de la transformación. El proceso de desarrollo tecnológico de la actual era digital avanza a una velocidad sin precedentes, distanciándolo de las precedentes revoluciones industriales, cuya formación fue paulatina. El ritmo de avance tecnológico es exponencial y en cierta medida impredecible.

b) Amplitud y profundidad. La revolución digital combina una serie de factores tecnológicos de una forma nunca vista. La economía, los negocios, la sociedad y las personas se encuentran sujetas a una transformación más allá del «qué» y «cómo» hacer las cosas, dando paso al cambio del entendimiento de «quiénes somos»⁵⁸³.

c) Impacto. Sin lugar a dudas, la transformación tecnológica enlaza de forma completa una serie de elementos, países, empresas e industrias, así como la sociedad en su conjunto, por lo que sus efectos son globales.

Con todo, los alcances de la denominada Cuarta Revolución Industrial, radicada en gran medida en el ámbito de la tecnología digital, no eran conocidos ni previsibles para los legisladores de los modelos regulatorios de intermediación vigentes.

Al contrario, la etapa de diseño de los modelos regulatorios de la DMCA y la DCE, reflejan el entendimiento de que en el curso normal de sus operaciones, los intermediarios de

⁵⁸³ SCHWAB, Klaus. (2016). La Cuarta Revolución Industrial, World Economic Forum, Editorial Debate (español) [en línea] Disponible en <[http://40.70.207.114/documentosV2/La%20cuarta%20revolucion%20industrial-Klaus%20Schwab%20\(1\).pdf](http://40.70.207.114/documentosV2/La%20cuarta%20revolucion%20industrial-Klaus%20Schwab%20(1).pdf)> [consulta: 18 septiembre 2020].

Internet, desarrollaban las funciones previstas por la estructura normativa (mera transmisión, caché, alojamiento y referenciación)⁵⁸⁴.

2. Safe harbor en el 2021

En el marco del espacio digital masivo, los usuarios se encuentran interconectados con prescindencia de su ubicación geoespacial. Sin embargo, la escena digital tal y como ha sido evidenciado a lo largo de la presente investigación, constituye en muchas ocasiones un facilitador de infracción a los derechos de terceros.

En tal sentido, Internet puede ser considerado como un mercado de las pulgas, en el cual se venden, compran e intercambian un sinnúmero de bienes y servicios, empero, no siempre de forma legal.

Sin embargo, como habrá podido apreciarse en nuestro estudio, a los ojos del diseñador de los modelos regulatorios de intermediación, las formas de reparación que prevé el régimen común de responsabilidad no resultan adecuadas en la salvaguarda del equilibrio perseguido, entre los intereses de los intermediarios, del comercio electrónico y el de los titulares de derechos de autor⁵⁸⁵.

Así las cosas, la certeza jurídica otorgada por el «safe harbor» se centró en las funciones particulares de intermediación de contenidos digitales que eran especialmente problemáticas en la década de los 90'. Debe tenerse presente que las legislaciones que se adaptan con máxima precisión a condiciones tecnológicas de la época, corren el riesgo de perder adecuación en la aplicación de nuevas tecnologías.

⁵⁸⁴ House of Representatives. (1998). Report 105-190., Op. cit. p. 8.

⁵⁸⁵ KURNIAWAN SIHOMBING, Agung y NUR MAHATMANTA, Muhammad. (2019). Safe harbor 4.0: Exemption of platform providers liability under Indonesian cyber laws. *Alsa Indonesia Law Journal* (1-2): p. 3.

A lo anterior se abocó la Court of Appeals para el District of Columbia Circuit, en el año 2003, en el ya citado caso *RIIA vs. Verizon Internet Service Inc*⁵⁸⁶, señalando que en la historia legislativa de la DMCA no existió intencionalidad alguna dirigida a permitir el intercambio de archivos que contienen obras protegidas por derechos de autor, concluyendo que el Congreso no tenía motivos para prever la aplicación de sus normas para compartir archivos P2P, así como tampoco hubo un estilo legislativo amplio que recogiera las nuevas tecnologías al tiempo de su apareamiento⁵⁸⁷.

Uno de los factores de los antecedentes digitales tenidos a la vista por los legisladores de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales tradicionales, fue el de la implementación de técnicas automatizadas⁵⁸⁸ o de actos realizados bajo la dirección de los usuarios⁵⁸⁹.

Ergo, los intermediarios de Internet no son responsables por los que se produzcan en el marco de su actividad automatizada. Lo anterior fue calificado por el Congreso norteamericano, en la etapa de diseño de la Sección 512, como el criterio judicial «más reflexivo hasta la fecha»⁵⁹⁰.

Esta interpretación termina por concluir que existen ciertas actividades en la participación en Internet (v.gr. copiado temporal de contenidos o memoria tampón), que resultan difícilmente evitables.

Prima facie, la falta de automatización y de ajenidad respecto de la actividad infractora de derechos de autor debería dar lugar a la responsabilidad de los intermediarios de Internet.

Sin embargo, lo anterior no parece ser tan simple. El trabajo desarrollado por la U.S. Copyright Office y por el Parlamento Europeo de data reciente, son evidencias de la

⁵⁸⁶ *RIIA vs. Verizon Internet Service Inc*, f. 3D. 1229, 1237-38 (D.C. Cir. 2003).

⁵⁸⁷ *Ibidem*.

⁵⁸⁸ Véase a modo ejemplar, Subsección a) y b) de la Sección 512 de la DMCA y artículos 12 y 13 de la DCE.

⁵⁸⁹ *Ibidem*.

⁵⁹⁰ House of Representatives. (1998). Report 105-551., Op. cit. pp. 1-11.

necesidad de ajuste normativo de los modelos a la realidad digital, en consideración de lo complejo y forzoso que resulta encajar las nuevas formas de intermediación de contenidos digitales en la estructura normativa ya sentada en ambos sistemas comparados.

Extremando posiciones, la discusión comparada ha explorado la posibilidad de que los desarrolladores de nuevas tecnologías contemplen formas de alusión de responsabilidad de los intermediarios aparentando las condiciones de «safe harbor», de entre las que destaca la automatización⁵⁹¹.

Creemos que existe, por cierto, un espectro no estudiado en relación a la responsabilidad que cabe a los diseñadores de redes, por las aristas del diseño que funcionan como facilitadoras de infracciones a los derechos de autor por parte de los usuarios, lo que excede los alcances y objetos del presente estudio.

Regresando al «safe harbor», la última década ha sido testigo de pronunciamientos jurisprudenciales que se inclinaron por la responsabilidad de los intermediarios, ergo, por hacer perder el puerto seguro, cuando los titulares de derechos podían comprobar que la actividad de intermediación invitaba a los usuarios a infringir sus derechos, facilitando la utilización del sistema y, a mayor abundamiento, enseñando como cifrar su ilegal distribución.

En dicha hipótesis, en el año 2003, el 7th Circuit consideró que el intermediario de descarga de música on-line Aimster (continuadores tecnológicos de Napster) cuyo funcionamiento se basa en un sistema de mensajes instantáneos que permiten el intercambio gratuito de archivos musicales, era «capaz» de usos no ilegales, sin embargo, la «mera capacidad» no era suficiente a fin de encuadrar su actividad en el marco de los usos permitidos por los derechos de autor⁵⁹².

⁵⁹¹ STRAHILEVITZ, Lior Jacob. (2003). Charismatic Code, Social Norms, and the Emergence of Cooperation on the File-Swapping Networks. U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper (162): p.15.

⁵⁹² In re Aimster Copyright Litig., 334 F.3d 643, 655 (7th Cir. 2003).

De allí que resulte de suma relevancia en el ejercicio valorativo de la adecuación entre la intermediación concreta realizada por los intertmediarios, el examen de las reglas de los modelos regulatorios y de los fines perseguidos por dichos modelos, distinguiendo entre dos supuestos de actividad tecnológica:

a) La relación entre el intermediario de Internet y los usuarios de sus redes, eventualmente, puede facilitar la infracción a la propiedad intelectual, como por ejemplo, las plataformas que intermedian en la compra y venta de bienes y servicios, pueden disponer el espacio digital para la infracción a los derechos de autor de terceros (v.gr. Mercado Libre).

b) La actividad facilitadora de la infracción a la propiedad es parte de la arquitectura del diseño del funcionamiento del modelo de negocio del intermediario y, por tanto, el intermediario influye de forma clara y directa en la infracción de los derechos de autor de terceros, no simplemente inspirando la actividad infractora, sino que predisponiendo un sistema particular de copia ilegal de contenidos protegidos (v.gr. el sitio web repelis.li, objeto de varios litigios a nivel internacional, que desarrolla una actividad de alojamiento de copias ilegales de películas, en cuya virtud se ha decretado el bloqueo de acceso a los usuarios, por el Juzgado de lo Mercantil N° 6 de Barcelona, cambiando simplemente de dominio. En la especie, este modelo de negocio se estructura en base a la puesta a disposición del material infractor a sus usuarios, muchas veces grabado directamente del cine, que es alojado por terceros en sus redes).

Por otra parte, creemos que la definición de intermediario de Internet que ofrece la Sección 512 de la DMCA, subsección (k) (a) y (b) es capaz de armonizar múltiples funciones de intermediación, aun modernas. Empero, tanto la DMCA como la DCE circunscriben el régimen de puerto seguro a las actividades de intermediación que reconocen (mera transmisión, caché, alojamiento y, en el caso de la DMCA, de referenciación).

Es claro que dicha reglamentación obvia importantes funciones desarrolladas por intermediarios de Internet, tales como aquellas asociadas con el diseño e implementación de redes digitales.

Ejemplo de lo anterior son las tecnologías peer to peer que sucedieron a Napster, tales como Grokster y Gnutella, que desarrollaron su modelo de negocio a través de prácticas tecnológicas que terminaron con las fallas detectadas por los estrados norteamericanos respecto de Napster, excluyendo la función de indexación en manos de rastreadores no afiliados y no controlados, dejando de desarrollar un rol de control centralizado⁵⁹³.

En tal sentido, los desarrolladores de los sistemas peer to peer con las precitadas características pueden encausar su actividad dentro del puerto seguro de los modelos regulatorios de intermediación.

A mayor abundamiento, la explotación de una práctica tecnológica que no genera ingresos a través de la publicidad o difusión de los usos infractores, probablemente podrá satisfacer las condiciones de «safe harbor», lo que no excluye la falta de la pasividad exigida por el puerto seguro.

Sin duda la anterior fue la intención de Aimster en la creación de un método que fabricara su propia falta de conocimiento (en mérito de aquella condición sentada en la DMCA y la DCE, como requisito de exclusión de responsabilidad), mediante ingeniería de cifrado, aun cuando los tribunales norteamericanos consideraron aquello como «ceguera intencional»⁵⁹⁴, lo cierto es que, es posible la inserción de tecnologías en la explotación del modelo de negocio de los intermediarios, dirigidas a aparentar las condiciones de puerto seguro de los modelos regulatorios⁵⁹⁵.

Lo anterior, en especial consideración de que aun cuando un intermediario no elimine rápidamente el material infractor, puede todavía calificar como mero conductor, según alguna jurisprudencia que ha interpretado de manera amplísima la condición de la subsección (a) de la Sección 512, como cualquier intermediario que haga posible una conexión⁵⁹⁶.

⁵⁹³ COHEN, Bram. (2003). Incentives build robustness in BitTorrent, p. 3 [en línea] Disponible <<https://www.bittorrent.org/bittorrentecon.pdf>> [consulta: 18 septiembre 2020].

⁵⁹⁴ In re Aimster Copyright Litig., 334 F.3d 643, 650 (7th Cir. 2003).

⁵⁹⁵ En el mismo sentido, véase a SCOTT, Mike. (2005). Op. cit., p. 144.

⁵⁹⁶ Perfect 10, Inc. vs. CCBill, LLC, 240 F. Supp. 2d 1077, 1091-92 (C.D. California. 2004). En el caso de sublite, el tribunal aplicó la condición de puerto seguro de la subsección (a) de la Sección 512 a un intermediario

Creemos que lo anterior trae aparejado el riesgo de incurrir en una tendencia jurisprudencial tendiente a forzar el posicionamiento de las actividades de intermediación dentro de los márgenes de «safe harbor» de los modelos regulatorios tradicionales.

3. Fines de los modelos regulatorios ante la óptica actual

Tanto en el modelo regulatorio de la DMCA y de la DCE, la actividad de los intermediarios de Internet se sujeta a las normas de «puertos seguros» que protegen la explotación de los modelos de negocios en el ámbito digital de lo que el diseñador de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales concibió como una «responsabilidad paralizante», esto es, la apertura de la consideración de los intermediarios como sujetos pasivos de demandas indemnizatorias por los daños ocasionados a los titulares de derechos por sus usuarios.

Lo anterior, a cambio de una acción cooperativa en la infracción de los derechos de los titulares de derechos de autor⁵⁹⁷. Sin embargo, los años de desarrollo e implementación de los modelos regulatorios tradicionales han venido siendo tensionados ante el cambio de varios paradigmas asentados al tiempo del diseño y que hoy parecen poco sostenibles.

Esto porque la elegibilidad de las funciones de intermediario, en base a tres o cuatro actividades de intermediación, es reflejo del estado de Internet de mediados de la década de los 90', no abordando tecnologías más contemporáneas⁵⁹⁸.

que ofrecía el servicio de verificación de edad, extendiendo, por analogía, el puerto seguro para cualquier intermediario que ponga a disposición de los usuarios, herramientas de localización de información, lo que torna superflua la subsección (d), en la medida en que la información solo estaba disponible a través del pago del servicio.

⁵⁹⁷ RANDOLPH BEARD, Thomas et al. (2017). Fixing safe harbor: An economic Analysis. Phoenix Center Policy Paper (52): p. 1.

⁵⁹⁸ Compartiendo el precitado criterio, véase a SCOTT, Mike. (2005). Op. cit., p. 146.

3.1 ¿Cooperación en la contención de las infracciones a la propiedad intelectual?

La protección de la propiedad intelectual ante los elevados riesgos planteados por Internet constituye la suma finalidad de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales.

Tanto en el ámbito norteamericano como en el europeo, dicha finalidad suprema debía ser matizada con la protección de los intereses de la floreciente industria de Internet, por tanto, la estructura normativa se entregó a la prosecución de una tutela cooperativa entre los titulares de derechos y los intermediarios de Internet.

Luego de dos décadas de vigencia de los modelos de la DMCA y de la DCE resulta imperioso preguntarse por la adecuación de la cooperación pretendida.

Existen buenos argumentos para sostener que la actividad de intermediación ha sido poco solidaria con la cooperación en la contención de las infracciones a la propiedad intelectual, por fuera de la remoción de los contenidos notificados como supuestamente infractores, en el entendido que aquello trae aparejada su no responsabilidad.

En tal sentido, algunos autores han apuntado que los diseñadores de las tecnologías incipientes o desconocidas al tiempo del establecimiento del modelo regulatorio de la DMCA, utilizan lo que han denominado «charismatic code»⁵⁹⁹.

La referida expresión dice relación con una falta de correspondencia entre la actividad de los intermediarios de Internet y las finalidades formales de la ley (lo que en nuestro estudio han sido identificados como fines de los modelos regulatorios), por medio de la exaltación de los intermediarios del comportamiento cooperativo y recíproco para con los titulares de derechos de autor, empero, que enmascara el comportamiento no cooperativo de estos

⁵⁹⁹ STRAHILEVITZ, Lior Jacob. (2003). Op. cit., pp. 1-75.

intermediarios, distorsionando la proyección de cantidades de archivos compartidos por los usuarios⁶⁰⁰.

Lo anterior redundaría en la conciencia social, de que una norma, del mismo carácter, gobierna la red, induciendo la cooperación en el intercambio de archivos, empero, alentando las infracciones a la titularidad de los derechos de autor⁶⁰¹.

Esta manera de comprender la inadecuación teleológica de los modelos regulatorios de intermediación, permiten concluir que la actividad cooperativa de los intermediarios de Internet, al menos en parte, está orientada en sentido diverso a aquel previsto por los legisladores de los modelos regulatorios, por fuera de la protección conjunta de la propiedad intelectual en Internet.

Ahora bien, creemos que las respuestas de adecuación de la finalidad de tutela cooperativa a la estructura de los tradicionales modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales, puede ser sistematizadas de la siguiente forma:

a) Sistema de «respuesta gradual». Este persigue el bloqueo de las conexiones domésticas a Internet de los infractores reincidentes en el modelo europeo.

Lo anterior descansa en el ámbito de la voluntariedad de los acuerdos entre los intermediarios de Internet y los titulares de derechos de propiedad intelectual, por lo que parece favorable para éstos últimos otorgar licencias solo a aquellos intermediarios que cuentan con el sistema de la respuesta graduada dentro de sus políticas de protección de derechos de terceros.

La Ley Hadopi francesa, como los ordenamientos de Nueva Zelanda, Corea del Sur, Taiwán y el Reino Unido, han implementado esquemas de respuesta gradual gestionados por agencias administrativas, bajo la óptica común de impetrar medidas de mitigación a la infracción a la propiedad intelectual, tales como la reducción temporal de la velocidad de

⁶⁰⁰ «The architecture of the networks is such that although many users on the networks do not share, the networks create an appearance that sharing is the norm». Op. cit., p. 15.

⁶⁰¹ En idéntico sentido, véase a SCOTT, Mike. (2005). Op. cit., p. 139.

Internet, degradación temporal del nivel del servicio de Internet o redireccionamiento a páginas de destino hasta que el usuario tome contacto con el intermediario a fin de revisar los aspectos de derechos de autor infringidos⁶⁰².

Australia también ha implementado el sistema de respuesta gradual a partir del año 2015, exigiendo a los intermediarios de Internet que transmitan advertencias en la cuenta fija residencial de los usuarios que, presuntamente, han infringido derechos de autor⁶⁰³.

b) Sistema de degradación. En armonía con lo anterior, la tutela cooperativa entre los intermediarios y los titulares de derechos de propiedad intelectual en Internet ha sido actualizada en cuanto a adecuación del modelo y el fin mencionado, en manos del sistema autónomo de degradación, consistente en la eliminación de los resultados de los motores de búsqueda (v.gr. Google Search)⁶⁰⁴ de sitios que desarrollan actividades presuntamente ilícitas.

El sistema antes descrito ha sido adoptado por el Reino Unido, a través de la U.K. Intellectual Property Office, creando un Código de Prácticas voluntarias de eliminación de la posibilidad de referenciación de enlaces infractores contenidos en los sitios de búsqueda. Lo anterior no opera de forma exclusiva para la tutela de los derechos de propiedad intelectual. Ejemplo de aquello es Facebook que, a través de la implementación de tecnología photomatching propende a la manipulación de los resultados de búsqueda de pornografía, previniendo de forma proactiva su reaparición⁶⁰⁵.

c) Bloqueo de pagos. Superando la respuesta del NTD de los modelos regulatorios de intermediario que reaccionaron normativamente a la realidad digital de la década de los 90', aparece el sistema de bloqueo de pagos, traducido en un acuerdo de

⁶⁰² FROSIO, Giancarlo y HUSOVEC, Martin. (2020)., Op. cit. p. 3.

⁶⁰³ *Ibidem*.

⁶⁰⁴ VAN HOBOKEN, Joris et al. (2019). Design principles from intermediary liability laws. Transatlantic Working Group [en línea] Disponible en <https://www.ivir.nl/publicaties/download/Intermediary_liability_Oct_2019.pdf> [consulta: 2 octubre 2020], p. 9.

⁶⁰⁵ FROSIO, Giancarlo y HUSOVEC, Martin. (2020)., Op. cit. p. 5.

notificación y rescisión entre los titulares de derechos de propiedad intelectual y los intermediarios de pago en línea, aplicando una estrategia en evolución, consistente en el ya mencionado mecanismo de «follow the money», en que el intermediario bloquea el pago hecho en beneficio de sitios aparentemente infractores de derechos de autor, disuadiendo el financiamiento de la vulneración de la propiedad intelectual.

Cabe apuntar que esta modalidad de adecuación ha recibido respaldo del Gobierno norteamericano, a través de su «Joint Strategic Plan for Intellectual Property Enforcement»⁶⁰⁶, así como de la Comisión Europea, a través de la «Communication Toward a Modern, More European Copyright Framework»⁶⁰⁷.

Así las cosas, en el marco de la Comunicación antes señalada, durante los últimos años la Comisión Europea ha intensificado el trabajo de adecuación tendiente a un régimen de propiedad intelectual de tutela «eficaz y equilibrada», omnicompreensivo del contenido teleológico del modelo, aduciendo que una respuesta idónea a los retos impuestos por la realidad digital vigente es, precisamente, el sistema de seguimiento de la pista del dinero, privando a los autores de infracciones comerciales de los flujos de actividades ilegales, por lo que tiene un efecto disuasorio⁶⁰⁸.

d) Mayor participación de la ICANN. La Internet Corporation for Assigned Names and Numbers («ICANN») es una organización sin fines de lucro de alcance internacional, responsable del otorgamiento de espacio de direcciones numéricas de

⁶⁰⁶ «The most effective “follow the money” approach to combat illicit proceeds from online commercial piracy and counterfeiting hinges on participation from all key stakeholders found along the money trail, including in particular, voluntary participation from banks and thirdparty financial technology processors». Office of the Intellectual Property Enforcement Coordinator Executive Office of the President. (2016). Supporting innovation, creativity & enterprise. Charting a path ahead. U.S. Joint Strategic Plan on Intellectual Property Enforcement [en línea] Disponible en < <https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/omb/IPEC/2016jointstrategicplan.pdf> > [consulta: 2 octubre 2020].

⁶⁰⁷ Comisión Europea. (2015). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor [en línea] Disponible en < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0626&from=EN> > [consulta: 2 octubre 2020].

⁶⁰⁸ *Ibidem*.

protocolo de Internet («IP»), identificadores de protocolo y de las funciones de gestión del sistema de nombres de dominio («DNS») de primer nivel genéricos («gTLD») y de códigos de países («ccTL»), así como del sistema de servidores⁶⁰⁹.

Recientemente la ICANN ha actuado como facilitadora del marco contractual de aplicación voluntaria entre los intermediarios de alojamiento y de DNS y los titulares de derechos de autor, otorgando al intermediario la facultad de suspender, cancelar o poner el dominio en un registro de bloqueo, retención o estado similar, por un plazo de diez días hábiles posteriores a la denuncia⁶¹⁰.

e) Autorregulación. La Unión Europea promueve como medida de ajuste entre la debida protección de la propiedad intelectual y el equilibrio de intereses, la adopción de mecanismos autorregulatorios por parte de los intermediarios de Internet. Con todo, existe una intencionalidad legislativa de avanzar hacia la estandarización de los mecanismos de autorregulación de los intermediarios, alineando los procedimientos y las tecnologías utilizadas⁶¹¹.

Dentro de las medidas de autorregulación destacan los sistemas de filtraje y los códigos de conducta.

3.2 ¿Equilibrio de intereses? Incentivos desequilibrados y equilibrios disgregados

Tanto el último reporte de la U.S. Copyright Office del año 2020⁶¹², como en la discusión jurídica norteamericana, se ha planteado la necesidad de reajustar el equilibrio perseguido por el modelo de la DMCA, ante la generación adversa de fenómenos que

⁶⁰⁹ ICANN. (s/a). ICANN Archives [en línea] Disponible en <<http://archive.icann.org/tr/spanish.html>> [consulta: 2 octubre 2020].

⁶¹⁰ FROSIO, Giancarlo y HUSOVEC, Martin. (2020)., Op. cit. p. 6.

⁶¹¹ Op. cit., p. 8.

⁶¹² U.S. Copyright Office. (2020)., Op. cit. passim.

apuntan, precisamente, al desequilibrio en la protección de los intereses en juego de los diversos actores de Internet⁶¹³.

Ciertamente la historia legislativa de la Sección 512 de la DMCA, está atiborrada de referencias a la finalidad de equilibrio de intereses en juego⁶¹⁴, por lo que en cuanto a la empresa de constatación de que aquella constituía la mitad del espectro teleológico de la regulación referida, el presente estudio ha arribado a buen puerto.

Sin embargo, según planteamos en el capítulo introductorio de nuestra investigación, nos proponíamos realizar un examen valorativo de la adecuación de las finalidades identificadas en el diseño de los modelos regulatorios a la luz de la transformación de los antecedentes fácticos de realidad digital a partir de las transformaciones tecnológicas, modelos de negocios y prácticas vigentes, objetivo al cual dedicamos el capítulo cuarto de la tesis doctoral.

El presente apartado persigue definir algunas consideraciones preliminares a las conclusiones de la presente investigación, a modo de cierre al análisis de adecuación de los fines de los modelos regulatorios.

3.2.1 Incentivos desequilibrados

La finalidad de equilibrio de intereses en juego tuvo una forma particular de implementación en los modelos regulatorios de la DMCA y de la DCE, a través del establecimiento de un sistema de incentivos.

Respecto de los titulares de derechos de autor, la Sección 512 pretendía promover la auto-protección de la propiedad intelectual a través del mecanismo del NDT, en cuya virtud

⁶¹³ RANDOLPH BEARD, Thomas et al. (2017)., Op. cit. p. 4.

⁶¹⁴ A modo ejemplar, véase en S. REP. N° 105-190, pp. 21, 49 y 69; H.R. REP. N° 105-551, pp. 2, 21, 24–26 y 58–59 (1998).

el titular ponía bajo el conocimiento del intermediario de Internet la circunstancia de infracción a sus derechos.

Desde esta perspectiva, los creadores no verían expuesto su potencial de invención al temor de la flagrancia en la vulneración de su propiedad intelectual.

Respecto de los intermediarios de Internet, la Sección 512 establece incentivos a la actividad de estos actores de la Red, desde dos perspectivas diversas.

a) Los intermediarios son incentivados a remover rápidamente el contenido infractor a fin de valerse del puerto seguro.

b) Los intermediarios son incentivados a no ejercer actividades de monitoreo o filtraje de contenidos destinados a detectar a priori (antes de la notificación) contenidos vulneratorios a la propiedad intelectual de terceros.

Por su parte, y en el marco de la justicia europea, el TJUE ha venido reflexionando sobre las temáticas de responsabilidad de los intermediarios de Internet bajo la óptica del «justo equilibrio» en el espectro de una dinámica tripartita, entre los intereses de los titulares de derechos de autor, los intermediarios y los usuarios de Internet⁶¹⁵.

En el citado orden de ideas, el TJUE ha señalado que el derecho de los titulares de derechos de autor, reforzado por el derecho a la tutela judicial efectiva, puede tensionar la libertad de los intermediarios para explotar su modelo de negocio, así como los derechos de los usuarios finales de que se protejan sus datos personales y su libertad para recibir e impartir información.

En este ejercicio de protección de derechos e intereses, el tribunal de la Unión Europea ofrece un mecanismo de decisión judicial que orbita sobre la prevalencia de la

⁶¹⁵ Véase a modo ejemplar, SNB-REACT, Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-521/17, de 7 de agosto de 2018.

finalidad de equilibrio de intereses perseguido por la DCE en su faz de diseño, adecuando su contenido teleológico a las prácticas digitales actuales⁶¹⁶.

Sin embargo, aun el TJUE ha otorgado soluciones no unívocas en la calificación de la actividad de intermediación dentro de las categorías de la DCE, cuando de formas modernas se trata. En este sentido, en algunas oportunidades ha excluido la responsabilidad de los motores de búsqueda, como en *Google France v. Vuitton*, del año 2010, mientras que en otras ocasiones los ha considerado responsables por los actos ilícitos de comunicación pública o de explotación de derechos de autor, cometidos por sus usuarios, tal y como en *GS Media BV* del año 2016.

Asimismo, y en razón de la naturaleza que caracteriza a los servicios de la sociedad de la información en torno a aquellos prestados a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de esos servicios, ha complejizado la calificación de los intermediarios que permiten la comunicación entre usuarios pero que no reciben contraprestación pecuniaria, ni siquiera a través de banners publicitarios, tales como los sitios wikis, blogs personales, etc.

4. ¿Cuáles son las enseñanzas de la experiencia europea?

Ciertamente la descripción normativa de las condiciones de «safe harbor» en que se sustentó el diseño de los modelos regulatorios de la DMCA y la DCE adoptaron las formas de intermediación de mediados de la década de los 90'. Sin embargo, la explosión posterior del desarrollo de la Red, basada en el comercio electrónico y las sucesivas aplicaciones que mejoran la experiencia del usuario en Internet y hacen, en gran medida, nuestra vida más fácil, comenzaron a tensar los límites de los modelos⁶¹⁷.

⁶¹⁶ ANGELOPULUS, Christina y SMET, Stijn. (2016). Notice-and-Fair-Balance: How to reach a compromise between fundamental rights in European intermediary liability. *Journal of Media Law*: p. 6.

⁶¹⁷ En los mismos términos, véase a SCOTT, Mike. (2005)., *Op. cit.*, p. 148.

La reflexión acerca de la flexibilidad de dichos límites comenzó en el viejo continente hace ya cinco años, aperturando el proceso de formación de la PDMUD, el que da cuenta de la necesidad de implementar nuevas fórmulas de adecuación del modelo europeo para con las finalidades de tutela cooperativa y equilibrio de intereses.

Esta manera de introducir al problema de la falta de adecuación de los modelos, resulta crucial en la experiencia europea a fin de otorgar contenido normativo, ergo, obligatorio, a ciertos deberes y cargas de los proveedores de acceso masivo a Internet cuya inexistencia en la estructura normativa venía acentuando el fenómeno del «valué gap».

En el citado contexto, el Comité Económico y Social Europeo («CESE»), en Dictamen de 2017, expresa que la medida que dicho organismo considera «adecuada» en torno a la reducción del valué gap, tiene por finalidad colmar la brecha de valor existente entre los titulares de los derechos y los intermediarios de Internet. El efecto perseguido consiste en el mejoramiento del poder negocial de los titulares de derechos, permitiéndoles tomar mejores decisiones en la utilización de sus obras⁶¹⁸.

Por tanto, desde sus cimientos la PDMUD fue construida en base al reconocimiento de la deuda que la industria de Internet mantiene con los titulares de derechos, en razón del establecimiento de incentivos desequilibrados respecto de intermediarios de gran poder económico.

En tal sentido, el CESE señalaba estar de acuerdo con la obligación propuesta para los intermediarios que almacenen y provean acceso público a grandes cantidades de obras u otras prestaciones protegidas por derechos de autor cargadas por sus usuarios, para que éstos adoptaran medidas adecuadas y proporcionadas para garantizar el funcionamiento de

⁶¹⁸ «Existen ejemplos de servicios basados en la publicidad que no compensan suficientemente a los creadores por sus derechos de autor, a diferencia de los servicios en línea pagados mediante suscripción que sí lo hacen». Comité Económico y Social Europeo. (2017). Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital». Diario Oficial de la Unión Europea, Actos Preparatorios. 522º Pleno, 25 y 26 de enero de 2017, p. 7.

acuerdos con los titulares de derechos o para evitar la accesibilidad de tales trabajos o prestaciones⁶¹⁹.

La comunidad europea transitó un largo proceso de diseño de un modelo regulatorio inserto en el ámbito de normas uniformes de comercio digital que pretenden restaurar el equilibrio y la cooperación conjunta de la propiedad intelectual perdida en el camino de la Cuarta Revolución Industrial.

La obtención de un reparto más justo del valor obtenido en la puesta a disposición de obras y contenidos protegidos a través de medios electrónicos fue, sin lugar a dudas, la bandera de lucha de la propuesta de PDMUD.

A favor de lo anterior, las asociaciones de titulares de derechos de autor ejercieron presión organizada en el proceso. Así las cosas, la Association Littéraire et Artistique Internationale («ALAI») recibieron con buen pronóstico las disposiciones de los artículos 13 y 14 y considerando 38⁶²⁰ de la PDMUD, entendiendo que aquello contribuiría a especificar las condiciones actualizadas y particulares de la actividad de hospedaje de contenido, adicionando, la determinación de los elementos que permiten excluir la pasividad en el funcionamiento del referido intermediario (optimización de la presentación de las obras o prestaciones cargadas o promoción, independientemente de la naturaleza de los medios utilizados a tal fin).

⁶¹⁹ Op. cit., p. 3.

⁶²⁰ «Cuando los proveedores de servicios de la sociedad de la información almacenan y facilitan el acceso público a obras u otras prestaciones protegidas por derechos de autor cargadas por sus usuarios, actividad que no se limita a la mera puesta a disposición de instalaciones materiales y constituye un acto de comunicación al público, están obligados a suscribir acuerdos de licencia con los titulares de derechos, a menos que puedan acogerse a la exención de responsabilidad prevista en el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. En lo que se refiere al artículo 14, es preciso comprobar si el proveedor de servicios desempeña un papel activo, en particular optimizando la presentación de las obras o prestaciones cargadas o promocionándolas, independientemente de la naturaleza de los medios utilizados a tal fin. En aras del correcto funcionamiento de los acuerdos de licencia, los proveedores de servicios de la sociedad de la información que almacenen y faciliten el acceso público a grandes cantidades de obras u otras prestaciones protegidas por derechos de autor cargadas por sus usuarios deben adoptar medidas adecuadas y proporcionadas para garantizar la protección de las obras u otras prestaciones, entre ellas la aplicación de tecnologías eficaces. Esta obligación también ha de ser aplicable cuando los proveedores de servicios de la sociedad de la información pueden acogerse a la exención de responsabilidad prevista en el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE».

En segundo término, la ALAI consideró que la PDMUD cumpliría con el propósito de especificar que los servicios de la sociedad de la información que almacenen y faciliten el acceso a un gran número de obras o prestaciones protegidas no pueden –ni siquiera cuando estén calificados como alojadores (artículo 14 de la DCE)- limitarse a adoptar un papel meramente reactivo (obligación de retirada una vez que son notificados de la existencia de contenido ilegal) sino que deben, por el contrario, ser más proactivos adoptando «medidas adecuadas y proporcionadas»⁶²¹.

Bajo la óptica europea, estas medidas adecuadas y proporcionadas son:

a) Suscripción de acuerdos con los titulares de derechos de autor para el almacenamiento y puesta a disposición del público del material protegido y la rendición de cuentas de forma transparente en el cumplimiento de los referidos acuerdos.

b) En ausencia de acuerdos, adoptar las medidas tecnológicas eficaces para evitar –ex ante– que el contenido protegido sea puesto a disposición del público para tutelar los derechos de sus titulares.

Indubitadamente, la intención de materialización de las medidas a las que la comunidad europea y asociaciones de creadores, editores y titulares de derechos de autor dieron su venia, refleja el reconocimiento de la transformación en el esquema de intermediación de mediados de los años 90 de las funciones de intermediación. En relación al rol activo de algunas plataformas de acceso masivo al contenido en línea, parece de toda justicia imponer mayores cargas de colaboración y de contribución al debido equilibrio de intereses.

La discusión europea comenzó a visualizar la dificultad de los actores de Internet, así como de los tribunales de justicia, para encuadrar ciertas actividades digitales de intermediación dentro de los puertos seguros de la DCE, tales como aquellas plataformas que

⁶²¹ Association Littéraire et Artistique Internationale. (2017). Resolución sobre las propuestas europeas del 14 de septiembre de 2016 para la introducción de un reparto más justo del valor que se obtiene a través de la puesta a disposición de obras y otros materiales protegidos por medios electrónicos, p. 1 [en línea] Disponible < <http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/170218-value-gap-es.pdf> > [consulta: 18 septiembre 2020].

permiten a sus usuarios cargar software, gráficos, música, intercambiar información online, sitios de chat, plataformas de videos o de comercio electrónico, redes sociales, blogs, foros de discusión, entre muchos otros.

En suma, creemos que en la redefinición del rol de ciertos intermediarios que impactan de manera relevante en la realidad digital vigente en aras de un proceso constructivo aportado por la comunidad europea, e inspirador de la actual revisión que realiza el Congreso norteamericano mandatado a la U.S. Copyright Office, es posible extraer las siguientes premisas:

a) La adecuación de la finalidad de tutela cooperativa está dada en el deber de monitoreo de los intermediarios de acceso a contenido masivo a fin de detectar material infractor.

b) La adecuación de la finalidad de equilibrio de intereses aparece de manifiesto en el deber de celebrar acuerdos con los titulares de derechos por parte de estos intermediarios del presente y el futuro.

CONCLUSIONES

El explosivo avance de la industria de Internet ha impuesto un desafío a la necesidad de tutelar los derechos de autor en línea. La respuesta normativa dada por los modelos regulatorios al referido desafío conjugó los antecedentes fácticos y finalistas presentes al tiempo de su establecimiento.

En este orden de ideas, existen dos fenómenos que justifican la relectura de los modelos regulatorios, esto es, la mutación de los antecedentes fácticos de realidad digital tenidos a la vista por los legisladores en la etapa de diseño, tales como la centralización de funciones de intermediación en manos de los proveedores de acceso masivo a contenidos en línea y las transformaciones tecnológicas, modelos de negocios y prácticas vigentes en el ciberespacio, por una parte, y, por la otra, la inadecuación de los modelos regulatorios para con el cumplimiento de los fines previstos en su morfología normativa.

La pregunta relativa a la adecuación, entendida ésta última como la relación existente entre los medios y los fines de una regulación normativa concreta, pone de relieve la utilidad del presente estudio, en orden a evidenciar una respuesta que pretende aportar en el desafío legislativo de revaluación de las estructuras normativas de los modelos regulatorios como medios dispuestos a alcanzar los fines previstos por el legislador originario.

Así las cosas, las tempranas y clásicas respuestas normativas contenidas en los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales, recogieron la realidad digital temporal y causalmente situada en su origen e impetraron su desarrollo a través de Acuerdos Internacionales (Tratados de Libre Comercio) y, principalmente, a través de la reglamentación legal de derechos y deberes de los actores de Internet.

Las respuestas normativas que se alzan como modelos regulatorios, definieron el rol de los intermediarios de Internet desde una concepción funcionalista en su interacción con los contenidos digitales, distinguiendo entre intermediarios de acceso a Internet, almacenamiento temporal, alojamiento de contenidos y referenciación, excluyendo la

posibilidad de hacer efectiva a su respecto, responsabilidad por los daños causados por los usuarios de sus redes a la propiedad intelectual de terceros.

Bajo dicha comprensión, los modelos regulatorios definieron su propia arquitectura normativa en base a las concepciones de única función de intermediación y de relaciones unidireccionales de contacto entre los diversos actores de Internet.

Sin embargo, el Internet 3.0 tensiona dichas respuestas normativas, apareciendo como inadecuadas en cuanto al cumplimiento de los fines de tutela cooperativa de los derechos de autor en línea y de equilibrio de los intereses en juego en la escena digital, en consideración de la transformación del desarrollo tecnológico y de la integración de nuevos modelos de negocios y prácticas vigentes en el ciberespacio.

La modernidad digital ha sido testigo de que las relaciones de los actores de Internet son bidireccionales o multidireccionales y sus calidades pueden incluso compartirse e intercambiarse. Así, los contenidos digitales son ofertados a los usuarios a través de plataformas de acceso masivo, en donde los intermediarios controlan un determinado canal de distribución dominante, permitiéndoles articular servicios de valor agregado (v.gr. publicidad personalizada, atención a través de chat en línea, alteración de órdenes de preferencia, combinación entre aplicaciones gratuitas y adicionales de pago, entre otros).

El estudio finalista aplicado a los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales es realmente un análisis del rol de los intermediarios en el plano de la protección con guía normativa de los derechos de autor en línea. Esto porque la admisión de la necesidad de reconstrucción del rol de los intermediarios es consustancial con el examen de vigencia de los fines de los modelos regulatorios.

Las reglas, estructuras y procedimientos establecidos por los modelos regulatorios se abocaron al cumplimiento de determinados fines, por tanto, resulta del todo justificable preguntarte por la adecuación actual de dichos a fines a los modelos.

La redefinición del papel que estos intermediarios de contenidos digitales desempeñan en la salvaguarda de la propiedad intelectual en Internet, no solo es posible, sino que, también, necesaria.

Es posible, en la medida en que la experiencia europea ha ajustado y adecuado su modelo regulatorio tradicional representado por la DCE a las condiciones tecnológicas reales de explotación de los modelos de negocio de los grandes intermediarios de Internet, mientras que el trabajo de los últimos años reflejado en el último reporte de la U.S. Copyright Office es claramente indiciario de la proximidad de adecuación normativa del modelo de la DMCA.

Es necesaria, ante la evidencia argumentativa que la presente investigación ha puesto de relieve en torno a la falta de correspondencia entre las normas de intermediación de los modelos regulatorios y los fines de tutela y equilibrio de intereses de cara a la realidad digital actual.

En tal medida, el estudio doctoral realizó una prueba de consistencia externa a través de la cual se evidenció la falta de coherencia entre los medios y fines de los modelos regulatorios de contenidos digitales.

La consecuencia fundamental del reposicionamiento de los actores de Internet en la actual escena digital, esencialmente de los intermediarios, es que existe un imperativo de reducción de la brecha de adecuación normativo-teleológica, brecha que en palabras del profesor E. Novoa Monreal, trae aparejada la desconexión de las normas y las realidades sociales a las cuales son aplicables, en consideración de que la realidad avanza siempre con mayor celeridad que la sanción legislativa.

La presente investigación examinó el proceso deliberativo norteamericano y europeo, en orden al diseño de sus modelos regulatorios de principios del segundo milenio, en cuya virtud se describieron los fines perseguidos por su arquitectura de normas, reglas y procedimientos, empero, como todo proceso deliberativo se encuentra abierto al cambio en manos de agentes colectivos a través de nuevas legislaciones o de reformulaciones de políticas públicas.

En el precedente marco, el estudio se abocó al estudio de los antecedentes documentales que dan cuenta de los propósitos subjetivos del legislador comparado, bajo la óptica de la adecuación de los modelos de acción o modelos regulatorios de la DCE y de la DMCA para con los verificadores constituidos por las finalidades de tutela cooperativa y de equilibrio de intereses.

Con el insumo sustantivo proporcionado por el referido análisis, la investigación doctoral realizó una reconstrucción de los fines de los modelos regulatorios en su etapa de diseño, para dar paso al contraste en clave de correspondencia en la voz de los actores u operadores de Internet.

Desde luego, la metodología de investigación segregó el análisis en dos etapas interdependientes, partiendo por la reconstrucción del contenido finalista de los modelos regulatorios, para luego dar paso al contraste de los fines determinados con la información relativa a la discusión jurídica, jurisprudencial y práctica, proveniente de los operadores del sistema de protección de derechos de autor en Internet, configurando la expresión valorativa de la realidad digital actual.

El resultado de lo anterior fue la comprobación de la hipótesis de estudio, a partir del juicio de evaluación de la adecuación de los fines de tutela y equilibrio, en manos de un proceso deliberativo comunitario.

A este respecto, la finalidad de tutela cooperativa, entendida como la contención conjunta de las infracciones a los derechos de autor en Internet por parte de los autores o titulares de derechos de propiedad intelectual y los intermediarios de Internet, fue analizada en dos grados o etapas, referidas a la colaboración de índole internacional mandatada por la comunidad del mismo origen y a la tutela cooperativa propiamente tal, inserta en el sello finalista de las regulaciones internas de contención a la vulneración de la propiedad intelectual en Internet.

En clave de tutela cooperativa de segundo grado, definimos los momentos en que dicha finalidad cobraba relevancia evaluativa para efectos del presente estudio, es decir, al

tiempo del diseño del modelo regulatorio y al tiempo de verificar la consistencia normativa del modelo para con el cumplimiento de la finalidad en los términos previstos por el legislador del modelo.

Esto porque constituye un elemento finalista que continúa siendo parte de los modelos regulatorios, y extrapolada en el tiempo, funciona como un foco de evolución de correspondencia entre los modelos regulatorios y la realidad digital vigente impulsada por los desarrollos tecnológicos, nuevos modelos de negocios y prácticas actuales en el ciberespacio.

En segundo término, la finalidad de equilibrio de intereses, entendida como el balance de intereses pretendido por el legislador de los modelos regulatorios de intermediación, con efectos en la distribución de las cargas de contención de las infracciones a la propiedad intelectual en Internet por parte de los actores, también fue analizado en los momentos de diseño y de evaluación de adecuación.

El primero de los análisis de índole re-constructivista precede al segundo, de carácter valorativo que llevado al tiempo en que se quiera medir, será siempre actual.

Ahora bien, el análisis relativo a las debilidades de los clásicos modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales, fueron sistematizados como defectos particulares de los sistemas jurídicos analizados.

Las debilidades argumentadas fueron, en el caso de la DMCA, la de representar un sistema de eliminación parcial de contenidos infractores a los derechos de propiedad intelectual de terceros a través de la metáfora del «whack-a-mole», en referencia al jugador que sostiene un mazo que intenta golpear los lunares mecánicos al tiempo que salen de sus agujeros y la deficiencia común de los modelos, b) de representar una respuesta normativa superada por las nuevas tecnologías, los actuales modelos de negocios y las prácticas digitales vigentes.

Por su parte, la finalidad de seguridad jurídica no recibió el tratamiento de fin de los modelos regulatorios que se le dio a la tutela cooperativa y al equilibrio de intereses en juego,

considerando que se trata de un elemento finalista de contexto y trasfondo en el diseño de los modelos regulatorios y que, por cierto, responde a una finalidad genérica de lo que es y hace el Derecho.

El robustecimiento y expansión de las formas de intermediación combinada o centralizada, indudablemente, ha devenido en el efecto de propiciar el debate jurisprudencial de los últimos años, en consideración de lo complejo que resulta determinar la elegibilidad de los intermediarios al alero de las condiciones de safe harbor que no despliegan formas de intermediación pura en que se basaron los modelos regulatorios tradicionales.

Es claro que la gran gama de actividades que realizan estas plataformas deniega su categorización invariable dentro del puerto seguro de la DMCA y de la DCE, especialmente cuando despliegan acciones que hacen dudosa su calidad de agente neutral y pasivo en el tratamiento de los datos y contenidos proporcionados por los usuarios. La actuación deja de considerarse neutral cuando la plataforma optimiza la presentación de las ofertas de venta, cuando las promueve publicitándolas o cuando realiza un tratamiento de los datos alojados (verbigracia plataformas que comparan precios de hoteles o paquetes turísticos, que inducen a romper el cifrado de los datos, que manipulan los resultados de búsqueda de contenidos, tales como la funcionalidad de las advertisign words, que agregan contenidos, que introducen sistemas de degradación o de bloqueo de pagos, entre tantas otras).

Creemos que la respuesta jurisprudencial a la falta de adecuación de las estructuras normativas contenidas en los modelos regulatorios para con los fines de tutela cooperativa y equilibrio de intereses, ha sido extrapolar los grandes principios que sustentan el régimen de no responsabilidad/condicionada del sistema norteamericano y europeo comunitario, aplicándolos a las formas de intermediación de la actual era digital.

En este orden de ideas, somos de la opinión de que las exenciones de responsabilidad establecidas en los modelos regulatorios, solo resultan aplicables a aquellos casos en que la actividad del intermediario de Internet se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es

transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Esa actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el intermediario de Internet no tenga conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada.

Sin perjuicio de lo anterior, la realidad digital actual también establece desafíos al ejercicio interpretativo antes referido, producidos por las tecnologías que algunos intermediarios incorporan en el diseño de su modelo de negocio dirigidas a aparentar las condiciones de puerto seguro de los modelos regulatorios, denominada «ceguera intencional» por los tribunales norteamericanos.

Finalmente, en cuanto a la respuesta normativa a la falta de adecuación de los modelos regulatorios, según tuvimos de profundizar, en el modelo europeo aparece representada por la DMUD, experiencia legislativa que nos enseña cómo un ajuste de adecuación del fin de tutela cooperativa se traduce en el establecimiento de un deber de monitoreo del contenido digital respecto de los intermediarios de acceso a contenido masivo y, del fin de equilibrio de intereses, adopta vida normativa a través del deber de estos intermediarios de celebrar acuerdos con los titulares de derechos, en clave de satisfacción de la deuda histórica de Internet para con los autores y creadores.

Aun cuando el proceso deliberativo de reajuste del modelo regulatorio de la DMCA no ha tenido manifestación normativa aun, lo cierto es que existe evidencia documental cierta de que el tránsito a aquello se ha iniciado hace algunos años, por lo que, de lege ferenda, el «modelo de modelos» adecuará los aspectos normativos que no tienen correspondencia con sus finalidades declaradas en la etapa de diseño.

La tesis doctoral tuvo por objeto reflejar la falta de adecuación de los modelos regulatorios que definen el rol de los intermediarios en la protección de la propiedad intelectual en Internet, a fin de que dicho ejercicio sea valorado a la hora de determinar la implementación de los modelos regulatorios vigentes, especialmente en países distintos a los

de origen, en el marco de reproducción que no tengan en vista el cuestionamiento actual a la adecuación de los modelos, recogido en la escena comparada productora de normas.

En efecto, el alcance de la investigación ofrece un análisis que ha de servir a la elaboración de las reglas del nuevo modelo al que invita la realidad tecnológica actual, a través de una interpretación finalista.

Precisamente porque la discusión relativa al rol de los intermediarios en la protección de los derechos de autor en línea, propone la superación de su determinación en base a criterios funcionales aislados, avanzando hacia la puesta de atención en el acento que la precitada discusión conlleva, en el impulso y movimiento que conllevan los fenómenos que justifican su relectura.

Satisfecho el objetivo de la tesis doctoral, la investigación constituye un aporte al estudio de la consistencia de los fines de los modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales para con las estructuras normativas a que dieron origen, ciertamente, dicha evaluación no se agota con nuestra tesis y ha de hacerse de manera continua y de la mano de las nuevas tecnologías.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR LEÓN, R. et al. (2004). *Diseño de un proveedor de servicios de Internet inalámbrico usando la tecnología de Spread Spectrum para la ciudad de Machala*. Tesis para optar al grado de Ingeniero en Electricidad, especialidad electrónica y telecomunicaciones, Escuela Superior Politécnica del Litoral.
- Akamai (s/a). Lo que hacemos [en línea] Disponible < <https://www.akamai.com/es/es/> > [consulta: 5 junio de 2020].
- ALFARO SAN MARTÍN, R. (2017). Responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet: El caso Rodríguez, María Belén c/ Google Inc.s/daños y perjuicios (Argentina). Santiago, Actividad Formativa Equivalente para obtener el grado de Magíster en Derecho y Nuevas Tecnologías, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- ÁLVAREZ VALENZUELA, D. (2016). La doble dimensión del derecho de autor: el acceso a la cultura y a los derechos de autor. *Revista de Derecho Público* (85-2): 11-32.
- ÁLVAREZ VALENZUELA, D. (2011). En busca de equilibrios regulatorios: Chile y las recientes reformas al Derecho de Autor. Programa de Innovación, Tecnología y Propiedad Intelectual. *Centro Internacional para el Comercio y el Desarrollo Sostenible, Documento de Política* (12): 1-12.
- AMADEI, X. (2002). Standars of liability for Internet Service Providers: A comparative study of France and the United States with a Specific Focus on Copyright, defamation, and illicit content. *Cornell International Law Journal* (35-1): 189-229.
- AMAZON. (s/a). Shop with points [en línea] < https://www.amazon.com/-/es/b?ie=UTF8&node=16218619011&ref_=footer_swp > [consulta: 17 agosto 2020].
- American Association of Independent Music et al. (2015). Joint Comments, in the Matter of Request for Comments on United States Copyright Office Section 512 Study, Docket. N° 2015-7, Before the Library of Congress United States. Copyright Office, de 1 de abril de 2016.
- ANDERS, D. (2019). Internet speed classifications: What's fast, what's slow and what is a good internet speed?. Allconnect [en línea] Disponible en < <https://www.allconnect.com/blog/internet-speed-classifications-what-is-fast-internet> > [consulta: 14 abril de 2020].
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (2013). *La deontología del juez. En: El buen jurista. Deontología del Derecho*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch.

- ANGELOPULUS, C. y SMET, S. (2016). Notice-and-Fair-Balance: How to reach a compromise between fundamental rights in European intermediary liability. *Journal of Media Law*: 1-26.
- ANCONA, A. (2003). Intellectual property and e-commerce Wipo-Wasme special program on practical IP issues. Copyright E-commerce, Technology and management Division, Geneva, October 6 to 9, 2003.
- ANTOLÍN PRIETO, R. (2012). *YouTube como paradigma del vídeo y la televisión en la Web 2.0*. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Facultad de Ciencias de la Información Audiovisual y Publicidad I, Universidad Complutense de Madrid.
- ARISTIZABAL VELÁSQUEZ, D. (2012). Luces y sombras de las nuevas tendencias de la regulación de contenidos informáticos en los Estados Unidos de Norteamérica. *Revista CES Derecho* (3-1): 61-84.
- ARISTÓTELES. (1985). *Ética nicomáquea. Ética eudemia* (traducc. Julio Pallí Bonet). Madrid, Editorial Gredos.
- ARNOLD, R. et al. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de Estudios Constitucionales* (10-1): 65-116.
- ARROYO AMAYUELAS, E. (2020). La responsabilidad de los intermediarios en Internet ¿Puertos seguros a prueba de futuro? *Cuadernos de Derecho Transnacional* (12-1):808-837.
- Association Littéraire et Artistique Internationale. (2017). Resolución sobre las propuestas europeas del 14 de septiembre de 2016 para la introducción de un reparto más justo del valor que se obtiene a través de la puesta a disposición de obras y otros materiales protegidos por medios electrónicos, p. 1 [en línea] Disponible < <http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/170218-value-gap-es.pdf>> [consulta: 18 septiembre 2020].
- Aukera Mastering Data. (s/a). DoubleClick Digital Marketing by Google [en línea] Disponible en < <https://aukera.es/blog/que-es-doubleclick-y-para-que-sirve/>> [consulta: 5 junio de 2020].
- BARNES, Rodrigo. (2018). Invertir en Amazon y en su modelo de negocio horizontal [en línea] Disponible < <https://rodrigoibarnes.com/2018/01/29/modelo-negocio-amazon/>> [consulta: 2 junio de 2020].
- BARNETT, J. (2000). Cultivating the Genetic Commons: Imperfect Patent Protection and the Network Model of Innovation. *San Diego Law Review* (37-1): 987-1056.
- BARROS, O. (2003). Modelos de negocios en Internet (Versión Preliminar). Centro de Gestión del Departamento de Ingeniería Industrial, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile, Serie Gestión (29) [en línea] Disponible < <http://www.dii.uchile.cl/~ceges/publicaciones/ceges29.pdf>> [consulta: 2 junio de 2020].

- BARTHOLOMEW, M. y TEBRANIAN, J. (2007). The secret life of legal doctrine: The divergent evolution of secondary liability in trademark and Copyright Law. *Berkeley Technology Law Journal* (21-4): 1363-1419.
- BAUTISTA LUZARDO, D.M. (2015). Deep Web: aproximaciones a la ciber irresponsabilidad. *Revista Latinoamericana de Bioética* (1-28): 26-37.
- BEREC. (2016). BEREC Guidelines on the implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules [en línea] Disponible en <https://berec.europa.eu/eng/events/berec_events_2019/202-berec-workshop-on-the-update-of-its-net-neutrality-guidelines> [consulta: 13 febrero 2020].
- BERNAL GUZMÁN, J. (2019). De la Ley 1915 de 2018 al Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos: algunas implicaciones para la protección del autor y su obra en el entorno digital. *Revista de la Propiedad Inmaterial* (27): 25-68.
- BERNAL, E. (2012). La protección jurídica de la propiedad literaria y artística en Internet: Modelo francés, Leyes Hadopi. *Revista La Propiedad Inmaterial* (16): 327-342.
- BERNERS-LEE, T. y GROFF, J.F. (1992). The Worl-wibe web. *Computer Networks and ISDN Systems* (25): 454-459.
- BERTOLINI, E. et al. (2017). Analysis of ISP Regulation under Italian law. En: Secondary liability of Internet Service Provider. Manhattan, Springer [en línea] Disponible <https://www.researchgate.net/publication/321525112_Secondary_Liability_of_Internet_Service_Providers/citation/download> [consulta: 5 junio de 2020].
- BOBBIO, N. (1976). *Hacia una teoría funcional del Derecho*. En: BACQUÉ, Jorge. Derecho, filosofía y lenguaje: Homenaje a Ambrosio L. Gioja et al. Buenos Aires, Editorial Astrea.
- BONADIO, E. (2012). Trade marks in online marketplaces: the CJEU's stance in L'Oreal v. eBay. *Computer and Telecommunications Law Review* (18-2): 37-41.
- BORGES, J.L. (1996). *Borges oral, Obras completas*. Volumen IV. Barcelona, Editorial Emecé.
- BOUWMAN, H. et al (2009). Developing new business models for intermediaries in the insurance sector. *Int. J. Management Practice* (3-3): 263-276.
- BRIDY, A. (2016). *Copyrgith's Digital Deputies: DMCA-Plus enforcement by Internet intermediaries*. DRAFT, Forthcomming in Jhon A. Rothchild (Ed.), Research Handbook on Electronic Commerce Law, Edward Elgard.
- BRUCE, D. (1980). The Common Good and the Public Interest. *Political Theory* (8-1): 103-117.
- BT. ISMAIL, S. et al. (2018). Transplanting the United States' style of safe harbor provisions on Internet service providers via multilateral agreements: can one size fit all?. *Illum Law Journal* (26-2): 369-400.

- CALVO LÁZARO, M. et al. (2010). Koha, metabuscadores y herramientas colaborativas de edición de contenidos. V Congreso Nacional de Bibliotecas Públicas, Guijón, 3 a 5 de noviembre de 2010 [en línea] Disponible <<http://travesia.mcu.es/portaln/jspui/bitstream/10421/4909/1/MiguelCalvo.pdf>> [consulta: 5 junio de 2020].
- CAMMACK, D. (2013). Aristotle's denial of deliberation about ends. *Polis* (30-2): 228-250.
- CAÑEDO, A. (2004). Aproximaciones para una historia de Internet. *Revista ACIMED* (12-1): 1-33.
- CARBAJO CASCÓN, F. (2014). Delimitación de la responsabilidad de los servicios de intermediación de la sociedad de la información. *Revista Iustitia* (12): 245-278.
- CARRASCO JIMÉNEZ, E. (2017). Relación cronológica entre la ley y la realidad social. Mención particular sobre la «elasticidad de la ley». *Revista Ius et Praxis* (23-1): 555-578.
- CASTELLS, M. (2000). *La era de la información: economía, sociedad y cultura*. Volumen I. Segunda Edición. La sociedad red. Madrid, Alianza Editorial.
- CAVANILLAS MUJICA, S. y BARCELÓ, R. (2008). *La responsabilidad civil por daños causados a través de Internet*. Madrid, Editorial Banco Santander Central Hispano Asesoría Jurídica Del Negocio.
- CAVINO, M. (2009). Intención del legislador y significado de la ley ordinaria en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Italiana. *Revista Derechos y Libertades* (21-2): 17-55.
- CE. (2000). Carta de los derechos fundamentales de la unión europea. Diario Oficial de las Comunidades Europeas [en línea] Disponible <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf> [13 mayo de 2020].
- Cepal. (2018). La nueva revolución digital. De la Internet del consumo a la Internet de la producción, p. 21 [en línea] Disponible <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/38604/4/S1600780_es.pdf> [consulta: 13 agosto 2019].
- CEREZO, P. et al. (2014). Sobre la transformación digital y su impacto socioeconómico. *Revista Adigital*, p. 7 [en línea] Disponible en <https://rocasalvatella.com/app/uploads/2014/12/rs-transf_digital_cast_3_0.pdf> [consulta: 7 noviembre 2020].
- CERDA SILVA, A. (2014). Limitación de responsabilidad de los prestadores de servicio de Internet por infracción a los derechos de autor en línea. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (42-1): 121-148.
- CERDA SILVA, A. y RUIZ GALLARDO, C. (2010). Internet, Copyright y Derecho: Opiniones contingentes. *Revista Derechos Digitales* [en línea] Disponible <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/Internet-Copyright-y-Derecho_Opiniones-Contingentes_Silva-y-Ruiz.pdf> [consulta: 13 julio 2020].

- CHAPMAN, A. (2001). La propiedad intelectual como derecho humano: obligaciones dimanantes del apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Boletín de Derecho de Autor de la Unesco* (35-3): 1-89.
- CHON, M. (1993). Postmodern: «Progress»: Reconsidering the copyright and patent power. *DePaul Law Review* (43-1): 97-146.
- CLEMENT, J. (2019). Hours of video uploaded to YouTube every minute as of Mayu 2019. Statista [en línea] Disponible < <https://www.statista.com/statistics/259477/hours-of-video-uploaded-to-youtube-every-minute/>> [consulta: 7 agosto 2019].
- COHEN, B. (2003). Incentives build robustness in BitTorrent, p. 3 [en línea] Disponible <<https://www.bittorrent.org/bittorrentecon.pdf>> [consulta: 18 septiembre 2020].
- COLNAGO, C. y PEDRA, A. (2016). Los deberes de los proveedores de servicios de Internet en el medio ambiente digital: el caso del derecho de réplica en Brasil. *Revista Estudios Constitucionales* (2): 347-364.
- COMINO, S. y MARÍA MANENTI, F. (2015). Intellectual property and innovation in information and communication technology (ICT). JRC Science and Policy Report, European Commission [en línea] Disponible en < <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC97541/jrc97541.pdf>> [consulta: 2 octubre 2020].
- Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior. (2000). II Recomendación para la Segunda Lectura respecto de la posición común del Consejo con vistas a la adopción de la directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico, en el mercado interior («Directiva sobre el comercio electrónico») (14263/1/1999 – C5-0099/2000 – 1998/0325 (COD)), Documento de sesión del Parlamento Europeo.
- Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo. (1999). I Informe “sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior (COM (98)0586 – C4-0020/99 (COD))”.
- Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo. (1997). Iniciativa europea sobre comercio electrónico [en línea] Disponible en <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A132101>> [consulta: 2 junio de 2020].
- Comisión de las Comunidades Europeas. (2003). Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo COM(2003) 702 final.

- Comisión Europea. (2020). Report on the protection and enforcement of intellectual property right in third countries. Commission Staff Working Document.
- Comisión Europea. (2017). Unión Europea [en línea] Disponible en <<https://pagina.jccm.es/europa/pdf/PUBLICACIONES/2018%20La%20UE%20Que%20es%20y%20que%20hace.pdf>> [consulta: 2 de abril 2019].
- Comisión Europea. (2016). Online platforms. Accompanying the document Communication on Online Plataforms and the Digital Single Market. Commission Staff Working Document. COM(2016)288 [en línea] Disponible < <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/commission-staff-working-document-online-platforms>> [consulta: 13 mayo de 2020].
- Comisión Europea. (2016). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico Europeo y al Comité de las Regiones: Las plataformas en línea u el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa. COM(2016) 288 final, p. 9 [en línea] Disponible <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0288&from=ES>> [consulta: 13 mayo de 2020].
- Comisión Europea. (2015). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor [en línea] Disponible en < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0626&from=EN>> [consulta: 2 octubre 2020].
- Comisión Europea. (2015). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Una estrategia para el Mercado Único Digital en Europa [en línea] Disponible < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=EN>> [consulta: 1 noviembre de 2018].
- Comisión Europea. (1998). Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior, Diario Oficial n° C 030 de 05/02/1999 p. 0004 [en línea] Disponible en <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:1998:0586:FIN>> [consulta: 22 enero de 2019].
- Comité Económico y Social Europeo. (2017). Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital». Diario Oficial de la Unión Europea, Actos Preparatorios. 522º Pleno, 25 y 26 de enero de 2017.
- Comité Económico y Social Europeo. (1999). Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados

- aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior», Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 169/36.
- Committee on the Judiciary United States. (1997). Appendix, Proposed Legislation: To amend title 17, United States Code, to provide limitations on copyright liability relating to material on-line, and for other purposes. 105TH, 1d Session.
- Committee on the Judiciary United States. (1997). Hearing 105-366: The copyright infringement liability of online and Internet service providers, A bill to amend Title 17, United States Code, to provide limitations on copyright liability relating to material, online, and for other purposes. First Session, Serial N° J-104-44.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). Informe anual de la relatoría especial para la libertad de expresión [en línea] Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/2014_04_22_IA_2013_ESP_FINAL_WEB.pdf> [consulta: 13 enero de 2019].
- Copyright violations, a. Direct copyright infringement. Annals of Law [en línea] Disponible en <<https://www.newyorker.com/magazine/1987/04/06/i-the-betamax-case>> [consulta: 14 junio 2020].
- Copyright-related Work Group- (2002). Provider Liability Limitation Act Guidelines Relating to Copyright (traducc. Telecom Services Association) [en línea] Disponible en <https://www.telesa.or.jp/wpcontent/uploads/consortium/provider/pdf/guidelines_copyright.pdf> [consulta: 31 mayo de 2020].
- CORDÓN-GARCÍA, J-A. y ALONSO-ARÉVALO, J. (2011). Mediación y desintermediación en los entornos digitales: nuevos actores y nuevas funciones en la cadena del libro electrónico. Anuario ThinkEPI (5): 121-127.
- CÓRDOVA YUKICH, D. (2016). Régimen de responsabilidad de compañías de descuento por Internet. ¿Proveedores Intermediarios?. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (23-2): 23-67.
- CORINO LÓPEZ, C. (2017). *Evolución de la Web 2.0 a la 3.0, y su impacto en la empresa*. Tesis para optar al grado en Administración y Dirección de Empresa, Universidad de Cantabria.
- COTINO HUESO, L. (2009). *Encaje constitucional de la responsabilidad en la web 2.0*, Ponencia, Universidad Autónoma de Barcelona.
- DAMIANO CANALE, G. (2010). What is the reason for this rule? An inferential account of the ratio legis. *Bocconi Legal Studies Research Paper* (24-1): 197-210.
- DANGNGAM, T. (2009). *To what extent should an ISP be held liable for third-party copyright infringement?*. Tilburg, Master Thesis, Faculty of Law, Tilburg University.

- DANDNGAM, T. (2009). *Internet Service Provider liability for third-party copyright infringement. A comparative study between US and EU approaches. Tho what should an ISP be held liable for third-party copyright infringement?* Law and Technology, Faculty of Law, Master Thesis.
- DANVILLA Y COLLADO, M. (1882). *Legislación española y extranjera, Comentada, concordada y explicada según la historia, la filosofía, la jurisprudencia y los tratados*. Segunda Edición. Madrid, Imprenta de la correspondencia de España.
- Datacenter Reconquista. (s/a). Alcance y descripción del servicio. Colocation Iplan [en línea] Disponible <https://www.iplan.com.ar/docus/it-and-cloud/data-center/Descripcion_y_alcance_del_servicio_COLOCATION_IPLAN_Datacenter_Reconquista_v.22-05-2015_EoS+rev+JR+26-5-15+version+final.pdf> [consulta: 18 septiembre 2020].
- DE LAS HERAS BALLELL, T. (2006). *El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (e-Marketplaces)*. Madrid, Editorial Marcial Pons.
- DE LA MAZA GAZMURI, I. (2004). Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet por infracción de los derechos de autor. Cuadernos de Análisis Jurídico. *Colección de Derecho Privado* (1): 33-64.
- DELAUNAY, B. et al. (2009). Chronique de l' administration. *Revue Française d' Administration Publique* (3-127): 601-631.
- DE LA VEGA, D. (2018). La Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital. *Revista Economist & Jurist*, p. 36 [en línea] Disponible <https://ecija.com/wp-content/uploads/2018/11/ECIJA_Diego-de-la-Vega_07_comunitarioI.pdf> [consulta: 17 septiembre 2020].
- DE MIGUEL ASENSIO, P. (2019). Mercado único digital y propiedad intelectual: las Directivas 2019/790 y 2019/789. *Revista La Ley Unión Europea* (71): 1-16.
- DE MIGUEL ASENSIO, P. (2018). Implicaciones del Brexit sobre los derechos de propiedad industrial e intelectual: estado de la cuestión. *La Ley Unión Europea* (6): 1-9.
- DE MIGUEL ASENSIO, P. (2015). *Derecho privado de Internet*. Quinta Edición. Pamplona, Editorial Thomson Reuters.
- DE MIGUEL ASENSIO, P. (2015). *Derechos de propiedad intelectual. Estudios y comentarios legislativos*. Derecho Privado de Internet. Madrid, Editorial Aranzadi.
- DEPOORTER, B. y KIRK WALKER, R. (2013). Copyright false positives. *Note Dram Law Review* (89-1): 319-360.
- DE ZAN, J. (2004). *La ética, los derechos y la justicia*. Montevideo, Editorial Konrad Adenauer Stiftung.

- Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 167/10 [en línea] Disponible en <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0029&from=ES>> [13 enero 2019].
- DÍAZ GARCÍA, I. (2011). La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (1): 167-206.
- DÍAZ GÓMEZ, M. (2017). Reflexiones en torno a la responsabilidad de las plataformas electrónicas de economía colaborativa. *Revista de Estudios Europeos* (70): 27-68.
- DÍAZ, Á. (2008). América Latina y el Caribe: La propiedad intelectual después de los tratados de libre comercio. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).
- Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, vigésimo tercera edición.
- Digital Guide Ionos. (s/a). Servidor proxy inverso: componente central de la seguridad [en línea] Disponible < <https://www.ionos.es/digitalguide/servidores/know-how/que-es-un-servidor-proxy-inverso/>> [consulta: 18 septiembre 2020].
- Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual [en línea] Disponible en < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0048&from=ES>> [consulta: 15 septiembre 2019].
- Dosdoce.com (2014). Nuevos modelos de negocio en la era digital. Un estudio elaborado por dosdoce.com para CEDRO con motivo del lanzamiento de su plataforma conlicencia.com [en línea] < http://www.dosdoce.com/upload/ficheros/noticias/201409/modelos_de_negocio_pdf.pdf> [consulta: 2 octubre 2020].
- Dosdoce.com. (2014). Nuevos modelos de negocios en la era digital [en línea] Disponible < http://www.dosdoce.com/upload/ficheros/noticias/201409/modelos_de_negocio_pdf.pdf> [consulta: 5 junio de 2020].
- DUNLAP, T. M. y KURTZ, N. A. (2011). Electronic evidence in torrent copyright cases. *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review* (8-1): 171-178.
- EDWARDS, L. (2010). Role and responsibility of Internet intermediaries in the field of copyright and related rights [en línea] Disponible en <<https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=4142&plang=EN>> [consulta: 2 octubre 2020].
- ERASO LOMAQUIZ, S. (2016). Responsabilidad de los buscadores de Internet, p. 8 [en línea] Disponible <http://www.eldial.com/nuevo/congreso_iberoamericano/RESPONABILIDAD%20DE%20LOS%20BUSCADORES%20DE%20INTERNET.pdf> [consulta: 5 junio de 2020].

- EUIPO. (2020). Strategic Plan 2020 [en línea] Disponible en < https://euiipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/about_euiipo/strategic_plan/strategic_plan_2020_en.pdf> [consulta: 27 mayo de 2020].
- European Commission. (2014). White Paper on a Copyright Policy for Creativity and Innovation in the European Union.
- Facebook. (s/a). Classmates [en línea] Disponible < https://www.facebook.com/pg/Classmatescom/about/?ref=page_internal> [5 junio de 2020].
- FARIÑAS DÍAZ, J. (2006). La responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet por infracciones al derecho de autor y los derechos conexos. *Revista Propiedad Intelectual* (8-9): 165-201.
- FARRÉ, P. (2008). Los derechos de autor en Internet. *Anuario Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá* (1): 67-72.
- Federal Communications Commission. s/a). Telecommunications Act of 1996 [en línea] Disponible en <<https://www.fcc.gov/general/telecommunications-act-1996>> [consulta: 18 noviembre de 2019].
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, A. (2019). *Youtube como plataforma de difusión de contenido y soporte publicitario. Análisis de los youtubers más relevantes en el ámbito nacional español*. Facultad de Administración y Dirección de Empresas, Universitat Politècnica de Valencia. Tesis para optar al grado de Licenciado en Administración y Dirección de Empresas.
- FERNÁNDEZ QUIJADA, D. (2004). Nuevo paradigma comunicativo convergente. II Congreso Gallego do Audiovisual, 18 de diciembre de 2004, Santiago de Compostela.
- FERRÁNDIZ, P. (2010). La proyectada reforma de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Cultura y el procedimiento para el restablecimiento de la legalidad, cuya instrucción y resolución se quiere atribuir a su propuesta Sección Segunda. *Revista de Internet, Derecho y Política* (10): 1-13.
- FICSOR, M. (2002). *The law of copyright and the Internet: The 1996 Wipo Treaties, their interpretation and implementation*. Oxfordshire, Oxford University Press.
- FLORES ACERO, G. y BERNAL SÁNCHEZ, D. (2016). El nuevo modelo de distribución musical: del vinilo a spotify. *Colección JUS Privado* (4): 29-45.
- FRANSMAN, M. y BOGDANOWICZ, M. (2014). Models of innovation in global ICT Firms: the emerging global innovation ecosystems. JRC Science and policy reports. Luxembourg, *Joint Research Centre, European Commission*.
- FROSIO, G. y HUSOVEC, M.. (2020). Accountability and responsibility of online intermediaries. *Oxford University Press*: 1-17.

- GALIANA SAURA, Á. (1999). La actividad legislativa en el Estado Social de Derecho. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho de la Universidad Rovira i Virgili* (2): s/p.
- GARCÍA CABEZAS, S. (2000). La responsabilidad de los proveedores de servicios: consecuencias de la ausencia de regulación del sistema de notificación y retirada en la Directiva de Comercio Electrónico [en línea] Disponible en <http://www.uaipit.com/uploads/publicaciones/files/0000001981_SandraGarciaCabezas.pdf> [consulta: 28 octubre de 2018].
- GARZA BARBOSA, R. (2015). El derecho de autor, las nuevas tecnologías y el derecho comparado. Una reflexión para la legislación nacional y sus desarrollos jurisprudenciales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (43-142): 41-89.
- GENC, B. (2018). *Reconsidering the law of contributory liability on the Internet: Analysis on the trade mark issues, challenges and the remedy*. Thesis Submitted for the Degree of PhD, University of Sussex, Department of Law, Politics and Sociology.
- Google. (2018). How Google Fights Piracy, p. 16 [en línea] Disponible <https://www.blog.google/documents/25/GO806_Google_FightsPiracy_eReader_final.pdf> [consulta: 13 mayo de 2020].
- Google. (2013). How Google Fights Piracy 15 [en línea] Disponible en <<https://docs.google.com/file/d/0BwxyRPFduTN2dVFqYml5UENUeUE/edit>> [14 abril de 2020].
- GÓMEZ BELLVÍS, A. (2018). Crónica de una ineficacia anunciada: Un estudio sobre los factores asociados al cumplimiento en el ámbito de la propiedad intelectual. *InDret Revista para el Análisis del Derecho* (1): 2-22.
- GOSS, A.K. (2007). Codifying a Commons: Copyright, copyleft, and the Creative Commons Project. *Chicago-Kent Law Review* (82-2): 963-996.
- GUASTINI, R. (2015). Interpretación y construcción jurídica. *Revista Isonomía* (43): 11-48.
- GLATSTEIN, B. (2004). Tertiary copyright liability. *The University of Chicago Law Review* (71-4): 1605-1635.
- GROSSO, B. y SVETAZ, M. (s/a). Técnica legislativa: Marco teórico. Publicaciones Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 11 [en línea] <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/a13086.pdf>> [consulta: 2 septiembre 2020].
- GRUNEWALDT CABRERA, A. (2013). Delitos contra los derechos de autor en Chile. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* (2-2): 95-164.
- HARRIS, Susan R., y GERICH, Elise. (1996). Retiring the NSFNET backbone service: Chronicling the end of an era. *ConneXions* (10-4): 1-8.
- Harvard L. (2009). Designing the public domain. *Harvard Law Review* (122-1): 1489-1510.

- HERCOVICH MONTALBA, M. (2013). Responsabilidad de los ISP por contenidos ilícitos o infractores de terceros. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* (2): 113-148.
- HERNANDO COLLAZOS, I. (2018). La excepción panorama y el uso comercial de las manifestaciones secundarias de las obras de arte. Aproximación desde la Ley española de Derechos de Autor. *Revista sobre Patrimonio Cultural: Regulación, Propiedad Intelectual e Industrial* (10): 1-53.
- HITSEVICH, N. (2015). *Intellectual property rights infringement on the internet: an analysis of the private international law implications*. Unpublished Doctoral thesis, City University of London.
- House of Representatives. (1998). Report 105-796: Digital Millennium Copyright Act. 105TH, 2d Session.
- House of Representatives. (1998). Report 105-551: Digital Millennium Copyright Act. 105TH, 2d Sesi3n, Part. 1, p. 11.
- House of Representatives. (1998). Report 105-551: Digital Millennium Copyright Act. 105TH, 2d Session, Part. 2.
- House of Representatives. (1997). Report 105:2180: On-line copyright liability limitation. Act. 105TH, 1d Session.
- House of Representatives. (1997). No Electronic Theft: Statement of Marybeth Peters. The Register of Copyright before the Subcommittee on Courts and Intellectual Property, Committee on the Judiciary.
- HUI, K. y PNG, I. (2003). Piracy and the legitimate demand for recorded music. *Contributions to Economic Analysis & Policy* (2-1): 1-22.
- HUICHALAF ROA, P. (2010). Reforma a la Ley de Propiedad Intelectual en Chile. *Revista El Derecho Inform3tico* (3): 13-15.
- ICANN. (s/a). ICANN Archives [en l3nea] Disponible en <<http://archive.icann.org/tr/spanish.html>> [consulta: 2 octubre 2020].
- IGLESIAS MUÑOZ, C. (2010). Modificaciones de la Ley de Propiedad Intelectual. *Gaceta Jur3dica* (359): 7-8.
- IYENGAR, A. et al. (2004). *Web caching, consistency, and content distribution*. En: SINGH, Munindar, The practical Handbook of Internet computing. Boca Raton, CRC Prees.
- JIA, K. (2016). From immunity to Regulation: Turning point of Internet intermediary regulatory agenda. The Journal of Law and Technology at Texas [en l3nea] Disponible en <<https://jolttx.com/2016/10/08/immunity-regulation-turning-point-internet-intermediary-regulatory-agenda/>> [consulta: 13 junio 2020].

- JIJENA LEIVA R. (2002). *Internet y Derecho: criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad de los ISP*. En: Derecho Informático. Tomo II. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- JEWELER, M. (2008). The Communications Decency Act of 1996: Why § 230 is Outdated and Publisher Liability for Defamation Should be Reinstated Against Internet Service Providers. *Pittsburgh Journal of Technology Law & Policy* (8-1): 1-39.
- JIJENA LEIVA R. (2002). *Internet y Derecho: criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad de los ISP, en Derecho Informático*. Tomo II. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- JUDGE, K. (2004). Rethinking copyright misuse. *Columbia Law School Scholarship Archive* (57): 901-952.
- JULIÁ BARCELÓ, R. (2000). La responsabilidad de los intermediarios de Internet en la Directiva de Comercio Electrónico: problemas no resueltos. *Revista de Contratación Electrónica* (6): 3-32.
- KOSTYU, J. (1999). Copyright infringement on Internet: determining the liability of Internet Service Providers. *Catholic University Law Review* (48-4): 1237-1276.
- KRAAKMAN, R. (1986). Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy. *Journal of Law, Economics, & Organization* (2-1): 53-104.
- KRAMARSKY, S. (2001). Copyright enforcement in the Internet age: The law and technology of digital rights management. *DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law* (11-1): 1-44.
- KUNER, C. (1998). Judgment of the Munich Court in the «CompuServe Case» (Somm Case) [en línea] <<http://www.kuner.com/data/reg/somm.html>> [consulta: 16 junio 2020].
- KURNIAWAN SIHOMBING, A. y NUR MAHATMANTA, M. (2019). Safe harbor 4.0: Exemption of platform providers liability under Indonesian cyber laws. *Alsa Indonesia Law Journal* (1-2): 1-24.
- KYPROULI, N. (2016). *Las tensiones actuales de la propiedad intelectual en el marco de la Unión Europea*. En: Tensiones entre la propiedad intelectual y la propiedad ordinaria, Luis Anguita Coord. Madrid, Editorial Reus.
- LARA, J.C. y VERA, F (2005). Responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet. *ONG Derechos Digitales, Policy Paper* (2): 1-29.
- LANDES, W. y POSNER, R.. (1989). An economic analysis of copyright law. *The Journal of Legal Studies* (18-2): 325-363. B
- LARA, J.C. y VERA, F. (2013). Responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet. *Revista Derechos Digitales* (3): 1-29.

- LARA, J.C. y VERA, F. (2013). Medidas tecnológicas de protección de derechos de propiedad intelectual: desafíos regulatorios en Chile. *Revista Derechos Digitales* (1): 3-24.
- LARDNER, J. (1987). I-The Betamax Case. *The New Yorker* [en línea] Disponible en < <https://www.newyorker.com/magazine/1987/04/06/i-the-betamax-case>> [consulta: 13 enero 2021].
- LEARY, B. (2012). Safe harbor startups: liability rulemaking under the DMCA. *New York University Law Review* (87-4): 1135-1171.
- LEHMAN, B. (1995). The report of the Working Group on Intellectual Property Rights. Information Infrastructure Task Force, Ronald H. Brown, Secretary of Commerce.
- LEMIEUX, T. (2018). L'Équilibre du droit d'auteur à la lumière des droits fondamentaux. *Chronique classée dans Droit Civil patrimonial* (10): p. 1 [en línea] Disponible < <http://www.revuedlf.com/droit-civil-patrimonial/lequilibre-du-droit-dauteur-a-la-lumiere-des-droits-fondamentaux/>> [consulta: 2 junio de 2020].
- Le monde. (2000). Nouvelles obligations pour les acteurs de l'Internet [en línea] Disponible en < https://www.lemonde.fr/archives/article/2000/09/04/nouvelles-obligations-pour-les-acteurs-de-l-internet_91051_1819218.html> [consulta: 2 junio de 2020].
- LEVY, R. (2019). How the 1% Scrubs its Image Online. *The Wall Street Journal* (Diciembre. 13, 2019) [en línea] Disponible en < <https://www.wsj.com/articles/how-the-1-scrubs-its-image-online-11576233000>> [consulta: 27 septiembre 2019].
- LINDBERG, D. (1995). HPCC and the National Information Infrastructure: an overview. *Bull Med Libr Assoc* (83-1): 29-31.
- LIPSZYC, D. (2005). El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital. XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Países de América Latina, Asunción, 7 a 11 de noviembre de 2005.
- LÓPEZ DELGADO, D. (2018). *Estudio de las plataformas de streaming*. Tesis para optar al grado en Marketing e Investigación de Mercados, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad de Sevilla.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, J. (2015). *¿Consumes cultura? La propiedad intelectual en la era digital*. Tesis para optar al grado de doctor en Derecho, Departamento de Derecho Público y Ciencias Historicojurídicas, Universidad Autónoma de Barcelona.
- LÓPEZ MURCIA, Rafael. (2005). Sobre política jurídica. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (9): 267-277.
- LÓPEZ RUBIO, G. (2002). Tecnologías de internet (de Arpanet a la 3G). *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales* (5): 13-35.

- LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A. (2016). La reforma del sistema de derechos de autor en la Unión Europea. Estado de la cuestión. *Revista de Propiedad Inmaterial* (22):101-139.
- LUCAS, J. Ginsburg. (2003). *The role of private international law and alternative dispute resolution*. En: WIPO, Intellectual property on the Internet: A survey of issues.
- MADIGAN, K. (2020). The truth about Global Copyright infringement [en línea] Disponible en <https://copyrightalliance.org/ca_post/the-truth-about-global-copyright-infringement/> [7 julio 2020].
- MAESTRE RODRÍGUEZ, J. (2017). La responsabilidad de los prestadores de servicios de la Sociedad de la información y el concepto de público nuevo. *Revista Derecho & Sociedad* (49): 77-86.
- MANN, R. y SETH, B. (2005). The promise of Internet intermediary liability. *William and Mary Law Review* (47-1): 239-307.
- MARTIN ALDANA, B. (2014). *Marketing digital y métricas*. Tesis para optar a la especialización en Dirección y Gestión de Marketing y Estrategia Competitiva, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires.
- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. (2013). *Curso de Teoría del Derecho*. La Rioja, Ediciones Universidad de la Rioja.
- MARSOOF, A. (2017). Notice and takedown: A copyright perspective. London, Thesis PhD candidate, Dickson Poon School of Law, King's College London.
- MATURANA MIQUEL, C. (2002). Responsabilidad de los proveedores de acceso y contenido en Internet. *Revista Chilena de Derecho Informático* (1): 17-30.
- MELERO ALONSO, E. (2007). La propiedad intelectual desde una perspectiva social: una crítica al modelo vigente. *Revista Mientras Tanto* (102): 89-111.
- MERCHÁN, D. (2019). La equidad: El concepto jurídico indeterminado a extensión del arte de lo justo. Repositorio Universidad Católica de Colombia [en línea] Disponible en <<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/22520/1/LA%20EQUIDAD%20como%20concepto%20juridico%20indeterminado.pdf>> [consulta: 16 octubre 2020] // CC BY-NC 25.
- MILLALEO HERNÁNDEZ, S. (2015). Los intermediarios de Internet como agentes normativos. *Revista de Derecho* (Valdivia) (28-1): 33-54.
- MIRÓ LINARES, F. (2007). El futuro de la propiedad intelectual desde su pasado. La historia de los derechos de autor y su porvenir ante la revolución de internet. *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche* (1-2): 103-155.
- MITTAL, R. (2004). Online copyright infringement liability of Internet Service Providers. *Journal of the Indian Law Institute* (46-2): 288-321.

- MONCADA FLÓRES, J. P. (2009). *La responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información*. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Granada.
- MONTALBA HERCOVICH, M. (2013). Responsabilidad de los ISP por contenidos ilícitos o infractores de terceros. Centro de Estudios de Derecho Informático. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 2(1): 113-148.
- MONTESINOS GARCÍA, A. (2014). El protagonismo de la Comisión de la Propiedad Intelectual, a la luz de la reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho* (4): 1-28.
- MORANTA NADAL, M. (2017). *Análisis potencial del marketing online para el diseño de un metabuscador*. Tesis para optar al grado de Magíster en Ingeniería Industrial, Escola Técnica Superior d'Enginyeria Industrial de Barcelona.
- MPAA. (2016). Matter of Request for Comments on United States Copyright Office Section 512 Study. In the Matter of Request for Comments on United States Copyright Office Section 512 Study, Docket. Nº 2015-7, Before the Library of Congress United States. Copyright Office, de 1 de abril de 2016.
- MPI. (2013). Principios para las disposiciones sobre propiedad intelectual en Acuerdos Bilaterales y Regionales. Trigésimo Segundo Congreso Anual de la International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property (ATRIP), 23-26 de junio de 2013, Universidad de Oxford [en línea] Disponible en <https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/forschung_aktuell/06_principles_for_intellectua/principles_ip_rta.pdf> [consulta: 16 octubre 2018].
- MUÑOZ MACHADO, S. (2018). *Plagiadores, piratas y otros depredadores de la propiedad intelectual*. En: Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Pareja Algonso, Marcos Vaque Caballería Coord. Madrid, Editorial Tirat lo Blanch.
- MURTAGH, M. P. (2009). The FCC, the DMCA, and Why Takedown Notices are not enough. *Hastings Law Journal* (61-1): 233-274.
- MYO, K.D. (2018). Study the role of intermediaries in electronic Marketplace. *International Journal of Advance Research and Development* (3-7): 156-158.
- NAKAMURA, R.T. (1987). The Textbook Policy Process and Implementation Research. *Policy Studies Review* (7-1): 142-154.
- NARAYAN VASUDEVA, V. (2011). The notice and takedown procedure under copyright law: Developing a measured approach. *University of Notre Dame Australia Law Review* (UNDALR) (13): 193-222.

- NATH, K. et al. (2014). Web 1.0 to Web 3.0. Evolution of the Web and its various challenges. International Conference on Optimization, Reliability, and Information Technology (ICROIT).
- NEGROPONTE, N. (1995). *Being Digital*. Gran Bretaña, Hodder and Stoughton.
- NIMMER, M. y NIMMER, D. (2020). *Nimmer on Copyright*. Vol. 1. Los Ángeles, Irell & Manella LLP.
- NOVOA MONREAL, E. (1968). La renovación del Derecho. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Concepción* (144): 3-28.
- NZFSA. (2008). The regulatory model: An explanation. NZFSA Public Information paper, p. 11 [en línea] <<https://www.mpi.govt.nz/dmsdocument/22075/direct>> [consulta: 2 septiembre 2020].
- NÚÑEZ GUERRERO, et al. (2015). *Banco de tiempo peer-to-peer*. Madrid, Trabajo de fin de grado en Ingeniería informática, Facultad de Informática, Universidad Complutense de Madrid.
- OCDE. (2010). Workshop Summary. The role of Internet intermediaries in advancing public policy objectives. Held on 16 June 2010 in Paris, France.
- ODDI, S. (1989). Contributory copyright infringement: The tort and technological tensions. *Notre Dame Law Review* (64-1): 47-105.
- Office of the Intellectual Property Enforcement Coordinator Executive Office of the President. (2016). Supporting innovation, creativity & enterprise. Charting a path ahead. U.S. Joint Strategic Plan on Intellectual Property Enforcement [en línea] Disponible en <<https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/omb/IPEC/2016jointstrategicplan.pdf>> [consulta: 2 octubre 2020].
- O' REILLY, T. (2007). What is Web 2.0 Design patterns and business Models for the next generation of software. *Communications & Strategies* (65): 17-37.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2008). Introductory handbook for undertaking regulatory impact analysis (RIA). Editions OCDE and Grupo FIAS/World Bank Group.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2010). The economic and social role of Internet intermediaries [en línea] Disponible en <<https://www.oecd.org/internet/ieconomy/44949023.pdf>> [consulta: 27 abril 2018].
- ORIHUELA, J.L. (2006). *La revolución de los blogs. Cuando las bitácoras se convirtieron en el medio de comunicación de la gente*. Madrid, Editorial la Esfera de los Libros.
- ORTEGA MARTORELL, S. y CANINO GUTIÉRREZ, L. (2006). Protocolo de seguridad SSL. *Revista Industria* (27-3): 57-62.

- ORTEGO RUIZ, M. (2015). *Prestadores de servicios de Internet y alojamiento de contenidos ilícitos*. Madrid, Editorial Reus.
- OSSA ROJAS, C. (2001). El fenómeno del MP3 y el caso Napster. *Revista Electrónica de Derecho Informático* (32): 1-14.
- OTADY, J. (2009). La ratio en las fuentes normativas del Derecho Canónico. *Ius Canonicum* (49-97): 149-194.
- PAREDO ROJAS, M. (2013). El margen de apreciación del legislador y el control del error manifiesto. Algunas consideraciones a partir de la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés y del Tribunal Constitucional alemán. *Revista Estudios Constitucionales* (2): 47-94.
- Parlamento Europeo. (2018). I Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital. COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD). Documento de Sesión, Comisión de Asuntos Jurídicos.
- Parlamento Europeo. (2014). Informe sobre los cánones por copia privada. Comisión de Asuntos Jurídicos, de 17 de febrero de 2014.
- PAZOS CASTRO, R. (2015). El funcionamiento de los motores de búsqueda en Internet y la política de protección de datos personales, ¿una relación imposible? A propósito de la STJUE de 13 de mayo de 2014 (Google Spain, S.L. y Google Inc./ Agencia Española de Protección de Datos [AEPD] y Mario Costeja González, C-131/12, no publicada todavía en el repertorio oficial. *InDret Revista para el Análisis de Derecho* (1): 1-50.
- PEGUERA, M. (2009). The DMCA safe harbors and their european counterparts: A comparative analysis of some common problems. *Columbia Journal of Law & the Arts* (32-1): 481-512.
- PETRUSO, R. (2012). Fatto illecito degli intermediari tecnici della rete e diritto d'autore: un'indagine di diritto comparato. *Revista Europa e Diritto Privato* (4): 1175-1226.
- PEUKERT, A. (2012). *A bipolar copyright system for the digital network environment*. En: Peer-to-peer file sharing and secondary liability in copyright law, Alain Strowel Edit.
- Pew Research Center. (2019). About three-in-ten U.S. adults say they are «almost constantly» online. U.S. Politics & Policy [en línea] Disponible en <<https://www.pewresearch.org/fact-tank/2019/07/25/americans-going-online-almost-constantly/>> [consulta: 14 abril de 2020].
- Pew Research Center. (1999). The Internet news audience goes ordinary. U.S. Politics & Policy [en línea] Disponible en <<https://www.people-press.org/1999/01/14/the-internet-news-audience-goes-ordinary/>> [consulta: 14 abril de 2020].
- PINOCHET CANTWELL, F.J. (2006). *El Derecho de Internet*. Santiago, Editorial de Derecho de Chile.

- PIÑEIRO UGARTE, L. (2004). Responsabilidad de los ISPs por violaciones a la propiedad intelectual: Estados Unidos, Europa y Chile. *Revista Chilena de Derecho Informático* (5): 171-190.
- PIÑEROS DURÁN, S. (2013). Los nuevos modelos: una solución equilibrada a la problemática del P2P. *Revista La Propiedad Inmaterial* (17): 5-29.
- PRIETO MARTÍNEZ, M.J. (2011). Música, innovación y propiedad intelectual. ¿Tres mundos irreconciliables?. Tres mundos reconciliados [En línea] Disponible en <http://api.eoi.es/api_v1_dev.php/fedora/asset/eoi:78655/componente78654.pdf> [consulta: 7 septiembre 2018].
- Public Consultation on the review of the EU copyright rules [en línea] Disponible en <https://teknologiateollisuus.fi/sites/default/files/file_attachments/publicconsultationonthereviewoftheeucopyrightrulesfederationoffinnishtechnologyindustries.pdf> [5 junio de 2020].
- RALLO LOMBARTE, A. (2017). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como juez garante de la privacidad en Internet. *UNED, Teoría y Realidad Constitucional* (39): 583-610.
- RAMÍREZ, J. (2014). Aplicabilidad de la responsabilidad extracontractual en los derechos de autor de propiedad intelectual en Chile. Una perspectiva del S.XXI. *Estudios Jurídicos. Democracia y Justicia* (3): 77-99.
- RANDOLPH BEARD, T. et al. (2017). Fixing safe harbor: An economic Analysis. *Phoenix Center Policy Paper* (52): 1-26.
- REDA, J. (2015). Draft Report on the implementation of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. WIPO Workshop Keynote Paper.
- Report on the Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on a European Initiative in Electronic Commerce (COM(97)0157- C4-0297/97).
- RIMMER, M. (2017). Back to the future: The Digital millennium Copyright Act and the Trans-Pacific- Partnership. *Laws* (6-11): 1-36.
- RIORDAN, J. (2016). *The liability of Internet intermediaries*. Oxford, Oxford University Press.
- RÍOS RUIZ, W. (2012). *Eventos y exigencias de responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet ante las infracciones de propiedad intelectual realizadas por sus suscriptores. Propiedad intelectual: Reflexiones*. Bogotá, Ediciones Universidad del Rosario.
- RÍOS RUIZ, W. (2008). Ciberpiratería – sistemas «peer to peer» (P2P). Análisis de las sentencias de los casos Napster, Grokster, Morpheus, StreamCast y Kazaa. *Revista La Propiedad Inmaterial* (59): 59-86.

- RODRÍGUEZ, M.C. y MANTILLA, W. (2013). De la creatividad a la innovación, de la innovación a la propiedad intelectual. *Revista La Propiedad Inmaterial* (17): 283-324.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, N. (2005). La cadena de valor en Internet. Análisis de su estructura y agentes participantes. *Revista Contratación Electrónico* (62): 65-88.
- RODRÍGUEZ PAZ, S. (2019). *Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los Derechos de Autor y Derechos Afines en el Mercado Único Digital y por la que se Modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de la Laguna.
- RUANE, K.A. (2018). How broad a shield? A brief overview of Section 230 of the Communications Decency Act. Congressional Research Service (7-5700).
- RUBI MARTÍNEZ, N. (2007). Las nuevas tecnologías en el derecho de autor y su evolución en Colombia. *Revista Derechos y Valores* (10-19): 99-106.
- RUSTAD, M. (2016). *Global Internet Law in a Nutshell*. Tercera Edición. Minnesota, Editorial West Academic Publishing.
- SADEGHI, M. (2013). The knowledge standard for ISP copyright and trademark secondary liability: A comparative study on the analysis of US and EU Laws. Thesis submitted for the degree of Doctoral of Philosophy in Law, School of Law, Brunel University London.
- SAG, M. (2017). Internet safe harbor and the transformation of copyright law. *Notre Dame Law Review* (93): 1-62.
- SALA MERCADO, J.P. (2017). El derecho de autor frente a las nuevas tecnologías desde una perspectiva ius privatista y su reflejo actual en el derecho argentino. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* (6-3): 97-120
- SALAZAR, J. (2017). Redes inalámbricas. TechPedia European Virtual Learning Platform for Electrical and Information Engineering [en línea] Disponible < https://upcommons.upc.edu/bitstream/handle/2117/100918/LM01_R_ES.pdf> [consulta: 5 junio de 2020].
- SALAZAR ARGONZA, J. (2011). Estado actual de la web 3.0 o web semántica. *Revista Digital Universitaria* (12-11): 3-17.
- SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, M. (2017). *Web social colaborativa y sus implicancias socioculturales*. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid.
- Sénat. (2000). Chapitre II. Les Prestataires Techniques [en línea] Disponible en < <https://www.senat.fr/rap/a02-351/a02-35110.html>> [2 junio de 2020].

- Senate. (1998). Copyright Infringement Liability Hearing, 105th Cong. 98.
- Senate. (1998). Report 105-190: Digital Millennium Copyright Act. 105TH, 2d Session.
- Senate. (1996). Report 104-230: Telecommunications Act of 1996. 104TH, 2d Session.
- Senate. (1996). Teatry Doc 105-17: Wipo Copyright Teatry (WCT) (1996) and Wipo Performances and Phonograms Teatry (WPPT) (1996). 105TH, 1d Session.
- Senate. (1996). Statement of Marybeth Peters The Register of Copyrights before the Committee on the Judiciary 104TH, 2d Session.
- SCACCIA, G. (2019). Proportionality and the balancing of rights in the case-law of European Courts. *Federalism.it Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo* (4): 1-34.
- SERRANO-COBOS, J. (2008). Nuevas formas de vida en la Web: mashups bibliotecarios. *Anuario ThinkEPI*: 164-166.
- SCHER, D. (1992). The viability of the copyright misuse defense. *Fordham Urban Law Journal* (20-1): 89-107.
- SCOTT, M. (2005). Safe harbor under the Digital Millennium Copyright Act. *Legislation and Public Policy* (9-99): 99-166.
- SCHWAB, K. (2016). La Cuarta Revolución Industrial, World Economic Forum, Editorial Debate (español) [en línea] Disponible en <[http://40.70.207.114/documentosV2/La%20cuarta%20revolucion%20industrial-Klaus%20Schwab%20\(1\).pdf](http://40.70.207.114/documentosV2/La%20cuarta%20revolucion%20industrial-Klaus%20Schwab%20(1).pdf)> [consulta: 18 septiembre 2020].
- (2016). The Fourth Industrial Revolution. World Economic Forum, 2016.
- (2015). The Global Competitiveness Report 2015-2016. World Economic Forum.
- SCHMITZ VACCARO, C. (2009). Propiedad intelectual, dominio público y equilibrio de intereses. *Revista Chilena de Derecho* (36-2): 343-367.
- SCHRUERS, M. (2002). The history and economics of ISP liability for third party content. *Virginia Law Review* (88-1): 205-264.
- SCHUSTER VERGARA, S. (2004). Propiedad intelectual en Internet: Responsabilidad legal en las redes digitales. Congreso Internacional de Propiedad Intelectual, Derecho de Autor y Propiedad Industrial.
- SENG, D. (2010). Comparative analysis of the national approaches to the liability of Internet intermediaries. Ginebra, World Intellectual Property Organization.
- SEYMOUR, T. et al. (2011). History of Search Engines. *International Journal of Management & Information Systems* (15-4): 47-58.
- SERRANO, E. (2005). La teoría aristotélica de la justicia. *Isonomía* (22): 123-160.

- SILBEY, J. (2010). Comparative tales of origins and access: Intellectual property and the rhetoric of social change. *Case Western Reserve Law Review* (61-1): 195-267.
- SIRINELLI, P. (1999). Excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos. Ginebra, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos [en línea] Disponible en <https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/wct_wppt_imp/wct_wppt_imp_1.pdf>[consulta: 19 enero de 2019]
- STAMATOUDI, I. (2010). Copyright enforcement and the Internet. Alphen aan den Rijn, *Kluwer Law International*.
- STRAHILEVITZ, L.J. (2003). Charismatic Code, Social Norms, and the Emergence of Cooperation on the File-Swapping Networks. *U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper* (162): 1-76.
- STROWEL, A. (2009). *Peer-to-peer file sharing and secondary liability in copyright law*. Northampton, Editorial Edward Elgar.
- SUZOR, Nicolas y FITZGERALD, Brian. (2011). The legitimacy of graduated response schemes in Copyright Law. *University of New South Wales Law Journal* (1): 140.
- SWIRE, P. et al. (2016). Online privacy and ISPS: ISP acces to consumer data is limited and often less than access by others. Working Paper of the Institute for Information Security & Privacy at Georgia Tech [en línea] Disponible <https://iisp.gatech.edu/sites/default/files/images/online_privacy_and_isps.pdf> [consulta: 2 junio de 2020].
- SWIRE, P. (1993). Safe harbours and proposal to improve the Community Reinvestment Act. *Virginia Law Review* (79-1): 349-372.
- TABARÉS GUTIÉRREZ, R. (2012). El inicio de la web: historia y cronología del hipertexto hasta HTML 4.0 (1990-99). *Revista ArtefaCToS* (5-1): 57-82.
- TADLOCK, C. (2008). Copyright misuses, fair use, and abuse: How sports and media companies are overreaching their copyright protections. *The John Marshall Review of Intellectual Property Law* (7): 621-646.
- TALAVERA, P. (2006). Imparcialidad y decisión judicial en el Estado Constitucional. *Revista Bolivariana de Derecho* (2): 15-42.
- The Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002 [en línea] Disponible en <<http://www.legislation.gov.uk/uksi/2002/2013/regulation/22/made>> [2 junio de 2020].
- The Walt Disney Co. et al., Líderes de la industria de Internet y medios de comunicación revelan principios para fomentar en la innovación en línea mientras se protegen los derechos de autor

- (18 de octubre de 2007) [en línea] Disponible < <https://thewaltdisneycompany.com/press-releases/>> [consulta: 13 mayo de 2020].
- THIBAUT VERBIEST, U. et al. (2007). Study on the liability of Internet intermediaries [en línea] Disponible < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2575069> [18 octubre de 2019].
- TORRES POMBERT, A. (2003). El uso de los buscadores en Internet. *Revista Cubana de Información en Ciencias de la Salud* (11-3): 7-8.
- TSAKYRAKIS, S. (2009). Proportionality: A assault on human rights?. Oxford University Press and New York University School of Law (7-3): 468-493.
- TUNCER, D. et al. (2014). More control over network resources: an ISP caching perspective. *Conference Paper of University College London, Department of Electronic and Electrical Engineering*.
- UGARTECHE VILLACORTA, R. (1997). El derecho de autor y las nuevas tecnologías. *Revista Themis* (36): 203-211.
- United Nations. (2018). Technology and Innovation Report. Harnessing Frontier Technologies for Sustainable Development, p. 11 [en línea] <<https://aechile.cl/wp-content/uploads/2018/05/Technology-and-Innovation-Report-2018-UNCTAD.pdf>> [consulta: 2 septiembre 2020].
- Universal Music Group. (2016). Comments Submitted in Response to U.S. Copyright Office's, Dec. 31, 2015. Notice of Inquiry.
- URBAN, J. et al. (2016). *Notice and takedown in every practice*. California, BerkeleyLaw, The American Assembly Columbia University.
- U.S. Copyright Office. s/a). Protección internacional de derecho de autor [en línea] Disponible en < <https://www.copyright.gov/fls/espanol/fl100e.pdf>> [consulta: 27 mayo de 2020].
- U.S. Copyright Office. (2020). Section 512 of Title 17. A report of the register of copyright.
- U.S. Copyright Office. (2016). Section 512 Public Roundtable, Capital Reporting Company.
- VALDERRAMA, M.y VELASCO, P. (2018). ¿Programando la creación? Una exploración al campo socio-técnico de Youtube en Chile. *Cuadernos Info* (42): 39-53.
- VALENZUELA, J.G. (1999). Vigencia del principio de territorialidad en el moderno derecho de patentes y su adecuación a los resultados de la investigación científica. *Revista Chilena de Derecho* (26-3): 611-625.
- VAN DE SAR, E. (2018). Top 3 copyright «owners» sent Google a billion takedown Requests. Torretfreak [en línea] Disponible en < <https://torrentfreak.com/top-3-copyright-owners-sent-google-a-billion-takedown-requests-181225/>> [consulta: 14 abril 2020].

- VAN EECKE, P. y TRUYENS, M. (2009). *Eu study on the legal analysis of a single Market for the information society. New rules for a new age?* Chapter 6. Liability of online intermediaries.
- VAN HOBOKEN, J. et al. (2019). Design principles from intermediary liability laws. Transatlantic Working Group [en línea] Disponible en <https://www.ivir.nl/publicaties/download/Intermediary_liability_Oct_2019.pdf> [consulta: 2 octubre 2020].
- VARADARAJAN, D. (2019). The use of IP misuse. *Emory Law Journal* (68): 739-799.
- VARGAS, P. (2016). ¿Es acorde al Inter-American System of Human Rights de protección de la libertad de expresión el mecanismo de remoción de contenidos de la DMCA?. Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información, Facultad de Derecho, Universidad de Palermo.
- VÁSQUEZ VARGAS, M. (2008). *Responsabilidad de intermediarios y prestadores de servicios de Internet*. Santiago. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- VEÁ VARÓ, A. (2002). *Historia, sociedad, tecnología y crecimiento de la red*. Tesis para optar el grado de Doctor en Ingeniería de las Telecomunicaciones, Barcelona, La Salle de la Universidad Ramón Llull. Primera Parte.
- Vercelli, A. et al. (2010). *Tercera conferencia de creative commons en América Latina*. Buenos Aires, Fundación Sociedades Digitales.
- WALKER ECHEÑIQUE, E. (2007). *Responsabilidad extracontractual en el derecho de autor. Referencias específicas a las redes digitales*. Santiago, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- WALKER ECHEÑIQUE, E. (2014). *Manual de propiedad intelectual*. Santiago, Editorial Thomson Reuters.
- WATT, R. y MUELLER-LANGER, F. (2019). Indirect copyright infringement liability for an ISP: An application of the theory of the economics of contracts under asymmetric information. *Review of Economic Research on Copyright Issues* (15-2): 57-79.
- WAEDELDE, C. y EDWARDS, L. (2005). Online intermediaries and copyright liability. WIPO Workshop Keynote Paper.
- WEATHERALL, K. (2018). Internet intermediaries and copyright – A 2018 Update. A policy paper produced for the Australian Digital Alliance. Copyright Amendment (Service Providers) Bill 2017, Submission 37.
- WIELAND, W. (1999). Norma y situación en la ética aristotélica. *Anuario Filosófico* (32): 107-127.
- WIGGINS, D. (1975-1976). Deliberation and practical reason. Proceedings of the Aristotelian Society. *New Series (76-1)*, Published by Oxford University Press: 29-52.

- WILLIAMS, H. (2018). The history of cloud computing: A timely of key moments from the 1960s to now. Computerworld [en línea] Disponible en <<https://www.computerworld.com/article/3412271/the-history-of-cloud-computing--a-timeline-of-key-moments-from-the-1960s-to-now.html>> [consulta: 14 abril de 2020].
- WIPO. (2019). Iniciativas para evitar la publicidad remunerada en los sitios web que infringen el derecho de autor, Contribuciones preparadas por Italia, la República de Corea y la Comisión Europea. Comité Asesor sobre Observancia, Décimo cuarta sesión, Ginebra, 2 a 4 de septiembre de 2019.
- Working Group on Intellectual Property Rights. (1995). Intellectual Property and the National Information Infrastructure [en línea] Disponible <https://www.eff.org/files/filenode/DMCA/ntia_dmca_white_paper.pdf> [consulta: 2 junio de 2020].
- WU, T. (2003). When code isn't law. *Virginia Law Review* (89-4): 679-751.
- WU, T. (2003). Network neutrality, broadband discrimination. *Journal of Telecommunications and Heigh Tecnology Law* (1-2): 141-149.
- XALABARDER PLANTADA, R. (2006). La responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios. *Revista de Internet, Derecho y Política* (2): 1-15.
- XI, M. et al. (2018). The Fourth Industrial Revolution: Opportunities and challenges. *International Journal of Financial Research* (9-2): 90-95.
- YEN, A. (2009). Torts and the construction of inducement and contributory liability in Amazon and Visa. *Columbia Journal of Law & the Arts* (32): 1-19.
- YANNOPOULOS, G. (2017). *The liability of internet intermediaries and disclosure obligation in Greece*. En: Secondary liability of Internet Service Provider, Graeme B. Dinwoodie Edit., Oxford, Editorial Springer.
- YANNOPOULOS, G. (2017). *The immunity of Internet intermediaries reconsidered?*. En: The Responsibilities of Online Service Providers. Law, Governance and Technology Series, Taddeo M., Floridi L. Edit. Oxford, Editorial Springer.
- YEN, A. (2000). Internet Service Provider liability for subscriber copyright infringement, enterprise liability, and the first amendment. *The Georgetown Journal* (88): 1-56.
- YEN, A. (1990). Restoring the natural law: Copyright as labor and possession. *Boston College Law School* (4): 517-560.
- ZANATA, A. (2017). *El derecho de la propiedad intelectual en la era digital*. Tesis para optar al grado de máster en el ejercicio de la abogacía, Facultad de Derecho, Universidad de la Rioja.

ZHANG, D.W.J. (2002). Cross-Border Enforcement of Intellectual Property Rights in an E-Commerce Environment [en línea] Disponible en < <https://www.hllawyers.com/publications/en/publications-20.html> > [consulta: 27 mayo de 2020].

ZIMMERMAN, M. (2017). Your DMCA. Safe Harbor. Questions. Answered. Fenwick & West [en línea] Disponible en < <https://assets.fenwick.com/legacy/FenwickDocuments/DMCA-QA.pdf> > [consulta: 05 junio 2020].

ZINK, M. (2013). Regulación de la neutralidad de la red en Estados Unidos y Chile. *Revista Derecho Público Iberoamericano* (3): 155-186.

JURISPRUDENCIA

SNB-REACT, Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-521/17, de 7 de agosto de 2018.

Goldman v. Breitbart News Network, LLC, No. 17-CV-3144 (KBF), 2018 WL 911340, at *1 (S.D.N.Y. Feb. 15, 2018).

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia rol N° 14966-2017, de 18 de abril de 2017.

Tobias Mc Fadden v. Sony Music Entertainment Germany GmbH, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-484-14, de 15 de septiembre de 2016.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Sanoma y otros vs. GS Media MV, Sentencia C-160/15, de 8 de septiembre de 2016.

Capitol Records, LLC vs. Vimeo LLC, 826 F.3d 78 (2d Cir. 2016).

Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia rol N° 1638-2016, de 23 de mayo de 2016.

Tobias Mc Fadden v. Sony Music Entertainment Germany GmbH, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 15 de septiembre de 2016, Sentencia C-484-14.

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia rol N° 88672-2015, de 30 de noviembre de 2015.

Sarvis v. Polyvore, Inc., núm. Civ. A. 12-12233 (2015).

TJUE. (2014): Sentencia C-314/12 (UPC Telekabel Wien GmbH vs. Constantin Film Verleih GmbH y Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH).

Abbey House Media, Inc. v. Apple Inc., 66 F. Supp. 3d 413, 419–22 (S.D.N.Y. 2014).

Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Registro General: 06849/2013, de 27 de agosto de 2014.

Disney Enters., Inc. vs. Hotfile Corp., No. 11-20427-CIV, 2013 WL 6336286, at *19 (S.D. Fla. Sept. 20, 2013).

Black Entertainment Television LLC vs. Youtube, Inc., Youtube, LLC, Google Inc., 13-170-cv (Court of Appeals, 2th Cir, 2013).

Columbia Pictures Indus., Inc. v. Fung, 710 F.3d 1020, 1029–31 (Noveno Cir. 2013).

UMG Recordings, INC., v. Shelter Capital Partners, U.S. 718 F.3d 1006 (9th Circ., 2013).

Viacom International, INC. v. YouTube, Inc., 676 (F.3d 19, 2012).

Red de Empresas de Internet v. Administración General del Estado: Tribunal Supremo 31 de mayo de 2013 (procedimiento contencioso administrativo), Recurso N° 185/2012.

Primer Juzgado de Garantía de Santiago, RIT N° 1091-2012, de 8 de mayo de 2012.

Flava Works, Inc. v. Gunter, 689 F.3d 754 (7th Cir. 2012).

Atari Europe vs. Rapidshare, I ZR 18/11 (Tribunal Federal de Justice of Germany 2012).

Loreal y otros v. eBay, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-324/09, de 12 de julio de 2011.

UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC., Op. cit.; Grp., Inc. v. Jordon, 708 F. Supp. 2d 989, 999 (N.D. Cal. 2010).

Google France SARL y Google INC., v. Louis Vuitton Malletier S.A., Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto c-236/08, de 23 de marzo de 2010.

Tribunal Supremo español, Sala civil, N° 773/2009, de 9 de diciembre de 2009.

Loreal S.A v. Ebay International AG, High Court of Justice (Chancery Division), EWHC 1094, R.P.C. 21 (2009).

Capitol Records, Inc. v. MP3Tunes, LLC, Expediente No. 07-9931 (S.D.N.Y. 13 de agosto de 2009).

UMG Recording, Inc. v. Veoh Networks Inc., 665 F. Supp. 2d 1099 (C.D.Cal 2008).

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, Sentencia de 16 de octubre de 2008, C 298/07, Rec. p. I 7841.

SABAM v. S.A. Tiscali (Scarlet), District Court of Brussels, No. 04/8975/A, Decision of 29 June 2007.

Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146, 1160 (9th Cir. 2007).

Perfect 10 v. Google, Inc., 416 F. Supp. 2d 828, 838 n.9 (C.D. Cal. 2006).

Blake A. Field v. Google, INC., 412 F. Sipp. 2d 1106 (2006).

Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913 (2005).

CoStar Group, INC. v. Loopnet, INC., 373 F.3d (544, 2004).

Perfect 10, Inc. vs. CCBill, LLC, 240 F. Supp. 2d 1077, 1091-92 (C.D. California. 2004).

Ellison v. Robertson, 357 F.3 1072 ((9th Circ., 2003).

RIIA vs. Verizon Internet Service Inc, f. 3D. 1229, 1236 (D.C. Cir. 2003).

In re Aimster Copyright Litig., 334 F.3d 643, 650 (7th Cir. 2003).

Perathoner v. Pomier, TGI Paris, May 23, 2001.

ALS Scan v. Remarq Communities, Inc., 239 F. 3d 619, 625 (4th Cir. 2001).

Socit Multimania v. Lacoste, CA Versailles, 12e ch., June 8, 2000, D. 2000, IR 270.

A&M Records, INC., v. Napster, Inc 239 F.3d 1004 (9th Circ. 2000).

Ticketmaster Corp. v. Tickets.Com, Inc., No. CV 99-7654, (2000).

Cour d'Appel de Paris, Arret du 10 Fevrier 1999, 14è Chambre, Section À RO NI - 1998116424 - 7ème page.

Scientology v. Xs4ALL, Tribunal de Primera Instancia De la Haya, 9 de Junio 1999. Revista Informatierecht/AMI, 1999.

Godfrey v. Demon Internet Limited [1999] EWHC QB 240 (23rd April, 1999).

Reno vs. ACLU., 929 F. Supp. 824, 830 n.9, 842 n.15 (E.D. Pa. 1996), affd, 521 U.S. 844 (1997).

Zeran v. America Online, Inc., 907 F. 3d 327 (4th Cir. 1997).

Marobie-FL, Inc. v. National Association of Fire Equipment Distributors and Nortwest Nexus, Inc., 983 F. Supp. 1167 (N.D.III.1997).

Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc., 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995).

Stratton-Oakmont vs. Prodigy WL 323710 (N.Y. Sup. Ct. 1995).

Sega Enterprises Ltd. v, Maphia F. Supp. 679 (N.D.Cal. 1994).

Sega Enterprises Ltd. v. MAPHIA, 857 F.Supp 679 (N.D. Cal. 1994).

Playboy Enterprises Inc. v. Frena, 839 F.Supp 1552 (M.D. Fla. 1993).

Cable/Home Communication Corp. vs. Network Prods., Inc., 902 F.2d 829, 845 & 846 n. 29 (11th Cir.1990).

Sony Corp. v. University City Studios, (464 U.S., 1984).

Columbia Pictures Indus., Inc. v. Redd Horne Inc., 749 F.2 154 (3d Cir. 1984).

Twentieth Century Music Corp. v. Aikeen, (422 U.S., 1975).

Shapiro, Bernstein Co. v. H.L. Green Company 316 F.2d 304 (2d Cir. 1963).

Mazer v. Stein, (347 U.S. 201, 1954).