

REVISTA CHILENA DE DERECHO Y TECNOLOGÍA
PRIMER SEMESTRE 2016 VOL. 5 NÚM. 1



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
REVISTA CHILENA DE DERECHO Y TECNOLOGÍA

La *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* es una publicación semestral del Centro de Estudios en Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile que tiene por objeto difundir en la comunidad jurídica nacional, regional e internacional, el conocimiento científico relevante y necesario para analizar y comprender los alcances y efectos que el desarrollo tecnológico y cultural han producido en la sociedad, especialmente su impacto en las ciencias jurídicas y sociales.

Revista Chilena de Derecho y Tecnología
Rev. chil. derecho tecnol. (en línea)
Centro de Estudios en Derecho Informático
Facultad de Derecho · Universidad de Chile
Pío Nono núm. 1, 4.º piso, Providencia
Santiago de Chile

+56 2 29785263
rchdt@derecho.uchile.cl
<http://www.cedi.uchile.cl>
<http://twitter.com/rchdt>

ISSN 0719-2584

Indexada en SciELO Chile, DOAJ y Latindex.

La *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* es publicada en formatos electrónicos (pdf, epub y mobi) disponibles para descarga en la página web <<http://www.rchdt.uchile.cl/>>.

Una guía para la presentación de manuscritos está disponible en el enlace: <<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/rchdt/about/submissions#authorguidelines>>.

Algunos derechos reservados.

Publicada bajo los términos de la licencia Creative Commons

ATRIBUCIÓN - COMPARTIR IGUAL 4.0 INTERNACIONAL



Responsabilidad de intermediarios por infracciones a los derechos de autor en Chile, Paraguay y Costa Rica: Un análisis desde la libertad de expresión

*Intermediary liability for copyright infringement in Chile,
Paraguay and Costa Rica: An analysis based on the right to
freedom of speech*

RODRIGO VARGAS ACOSTA
Pasante, ONG Derechos Digitales, Chile

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

PALABRAS CLAVE Proveedores de servicios en internet, intermediarios, libertad de expresión, derecho de autor, responsabilidad de intermediarios, notificación y bajada.

ABSTRACT Since the entry into force of the Digital Millennium Copyright Act (DMCA) in 1998, the introduction of systems of conditional liability has been a usual answer to the question about the determination of liability of the internet intermediaries for the illicit activities done by the users of its services. However, those systems may put in danger other relevant interests, like the right to freedom of expression. This investigation analyses the systems of conditional liability for copyright infringement established in Chile, Paraguay and Costa Rica through a human rights approach, in order to check if these reach a balance between the interests of intermediaries, right holders and users.

KEYWORDS Internet Service Providers, intermediaries, freedom of expression, copyright, intermediary liability, notice and takedown.

INTRODUCCIÓN

La adopción masiva del uso de internet a partir de la década de los noventa supuso desafíos para la actividad legislativa a nivel mundial, en la medida en que internet, en su calidad de tecnología altamente generativa, permitió también usos indeseados (Zittrain, 2006: 257).

Las actividades de las personas en internet son esencialmente intermediadas, esto es, los usuarios actúan a través de medios tecnológicos proveídos por terceros, los cuales «no sólo operan, sino que además tienen la posibilidad de controlar aquello que circula a través de sus redes» (Ruiz y Lara, 2012: 46). La alternativa de que los usuarios desarrollaran actividades ilícitas en internet, sumada al rol central que tienen los intermediarios en la red, supuso que desde comienzos de la década de los noventa existiesen debates sobre la regulación de la responsabilidad de estos intermediarios.¹

De estos debates surgió en un primer momento una normativa que excluía de toda responsabilidad a los proveedores de servicios en inter-

1. En la medida en que es un término más general que otros, preferimos el uso de «intermediarios en internet», que se refiere a aquellos que «juntan o facilitan transacciones entre terceros en internet. Dan acceso a, almacenan, transmiten e indexan contenido, productos y servicios originados por terceros en internet, o proveen servicios basados en internet a terceros» (OECD, 2010: 9).

net respecto de contenidos publicados por sus usuarios, en la Communications Decency Act,² de 1997, en los Estados Unidos, la que ha sido interpretada en forma amplia, abarcando una gran variedad de materias (Edwards, 2011: 11).

No obstante, esta norma excluyó expresamente la posibilidad de que sus disposiciones afectaran la normativa de propiedad intelectual vigente en la época. No fue hasta el año siguiente, con la dictación de la Digital Millenium Copyright Act (DMCA), que se reguló la responsabilidad de los proveedores de servicios en internet por las posibles infracciones a los derechos de autor cometidas por los usuarios de sus servicios. Esta norma creó un sistema de exclusión de responsabilidad de los intermediarios, consistente en el establecimiento de condiciones determinadas que se deben cumplir para ser excluidos de responsabilidad.

Estos sistemas de exclusión de responsabilidad también han sido denominados como sistemas de puerto seguro, en el sentido que el intermediario «puede recalar con la tranquilidad de saber que en la medida que la actividad que realiza encaje en el supuesto contemplado, no se verá obligado a responder por las infracciones de copyright que en su caso tengan lugar y de las que eventualmente [...] pudiera ser considerado responsable» (Peguera, 2007: 122).

Las condiciones impuestas para que un intermediario quede excluido de responsabilidad dependen del tipo de servicio prestado, los que usualmente se dividen en cuatro clases, a saber:

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

2. 47 U.S. Code § 230. Protección por el bloqueo y filtrado de material ofensivo por privados. «(c) Protección al bloqueo y filtrado de «Buen Samaritano» de material ofensivo. (1) Tratamiento como editor o emisor. Ningún proveedor o usuario de un sistema computacional interactivo será tratado como el editor o emisor de cualquier información proveída por otro proveedor de contenidos informativos». Salvo que se indique lo contrario, todas las traducciones son del autor.

4. Los prestadores de servicios de búsqueda de información.

Así, para los proveedores de servicios de transmisión y de alojamiento temporal de información, los requisitos impuestos hacen referencia a que éstos se limiten a mantener su rol pasivo como intermediarios para ser excluidos de responsabilidad (Zittrain, 2006: 265-266). Por su parte, respecto de los proveedores de servicios de alojamiento permanente y búsqueda de información, se establecieron requisitos adicionales consistentes en la exigencia de que, ante el conocimiento efectivo de una infracción —lo que ocurre a través de una comunicación formal por parte del titular de derechos— el intermediario actúe retirando o bloqueando el acceso al contenido infractor. Este sistema es conocido como de notificación y bajada.

En Latinoamérica, estos sistemas han sido establecidos en tres países a la fecha:³ Chile, a través de la Ley 20.435 de 2010, que modificó la Ley 17.336 de Propiedad Intelectual; en Costa Rica, a través del Reglamento 36880-COMEX-JP de 2011; y en Paraguay, mediante la Ley 4.868 de Comercio Electrónico del 2013. En los casos de Chile y de Costa Rica, estas normas se dictaron en el marco de la implementación de tratados de libre comercio suscritos con los Estados Unidos, en los años 2003 y 2007, respectivamente. En el caso de Paraguay, la norma se adoptó por iniciativa propia, en el marco de una agenda de modernización del país en el ámbito comercial (Di Martino, 2014: 75).

EFFECTOS NEGATIVOS SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Ahora bien, ¿cómo es que normas que persiguen fines legítimos, como la protección de los derechos de autor, pueden afectar el derecho a la libertad de expresión? Éstas claramente no son restricciones previas a la expresión, y tampoco corresponden a restricciones directas impuestas por un Estado a la expresión de los individuos, sino que corresponden a mecanismos de restricción indirecta, y, eventualmente, a casos de inhibición de expresiones legítimas.

3. Para un panorama general del estado de la legislación sobre responsabilidad de intermediarios en Latinoamérica, véase el World Intermediary Liability Map del Center for Internet and Society de la Universidad de Stanford, disponible en <<http://cyberlaw.stanford.edu/our-work/projects/world-intermediary-liability-map-wilmap>>.

Los intermediarios proveen de espacios para que los usuarios de sus servicios se expresen. No obstante, estos espacios no están bajo el control de los usuarios, sino que son de propiedad de los intermediarios,⁴ quienes brindan acceso a éstos en su calidad de proveedores de servicios. Estos últimos actuarán en conformidad a sus propios intereses, como describe Meléndez:

El problema, en fin, es que al sopesar los costos privados de la responsabilidad frente a sus beneficios —dentro de la concepción racional que constituye su bienestar—, el intermediario no considerará los intereses individuales del usuario (o los intereses sociales de que el usuario realice una actividad presumiblemente protegida por la libertad de expresión) (2012: 111).

Es posible que, incluso, en un caso en que un usuario utilice sin autorización contenidos protegidos por derechos de autor estemos ante una expresión legítima, en la medida en que este uso responda a intereses individuales y colectivos relacionados con la expresión política, social y artística. Como describe Meléndez:

No basta con alegar que alguien tiene derecho de propiedad absoluto sobre una obra, si no se consideran los intereses de expresión que puedan verse afectados, pero tampoco basta decir que un individuo tiene derecho a todo tipo de uso de la obra sin autorización (ignorando los intereses sociales e individuales que justifican el monopolio) (2012: 114).

Por ejemplo, se puede tratar de un uso de contenidos no autorizado por el titular de derechos de autor, pero protegido por una excepción legal.

Por otro lado, pueden darse casos en que se solicite retirar contenidos no infractores por error, los que suelen ocasionarse por la automatización de las solicitudes de retirada de contenidos y del análisis de las decisiones de retirada por parte de los proveedores, como relata Seng respecto del uso de la DMCA:

Hemos pasado de enviar notificaciones con una o dos solicitudes de

4. Respecto al control que tienen los intermediarios sobre las expresiones de sus usuarios, Tushnet señala que, en muchos casos, existe sólo un proveedor de servicios dominante, con gran poder de mercado, lo que implicará que la decisión sobre qué contenidos podrán ver los usuarios podría depender de un solo actor (2008: 109).

retiro a enviar miles de notificaciones con millones de solicitudes a los proveedores de servicio. Se ha cambiado un sistema de revisión individual de las notificaciones por uno en que tanto quienes reportan como los proveedores de servicio utilizan computadores para poder procesar, en un escaso lapso de tiempo, enormes cantidades de notificaciones y solicitudes de retiro (2014: 441. La traducción es del autor).

Asimismo, estos sistemas se han utilizado en forma abusiva, solicitando el bloqueo de un sitio web completo en vez de un contenido infractor o, derechamente, con fines de censura política.⁵

Finalmente, este tipo de regulaciones puede causar efectos inhibitorios sobre la expresión. En primer lugar, para los usuarios, pues la complejidad de este tipo de normas genera incertidumbre sobre la legitimidad de su expresión, lo que podría disuadirlos de realizar actividades protegidas por la libertad de expresión (Schauer, 1978: 698-699). Y, en segundo lugar, para los intermediarios, puesto que «si es difícil deslindar lo nocivo de lo constitucionalmente protegido, cualquier notificación de un supuesto perjudicado bastará para amedrentar al intermediario con la mera posibilidad de un litigio costoso, lo que genera el riesgo de sobreprotección» (Meléndez, 2012: 119).

BALANCE ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y REGULACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE INTERMEDIARIOS

El establecimiento de sistemas de exclusión de responsabilidad de los intermediarios en internet, consistentes en el establecimiento de puertos seguros para los intermediarios, que incluyen mecanismos de notificación y bajada de contenidos protegidos por derecho de autor, si bien pueden ser considerados como razonables en la medida en que estos mecanismos son generalmente eficaces y garantizan en gran medida la protección de intereses legítimos, como son los derechos de derechos de autor, pueden afectar a la libertad de expresión, como señalamos en la sección anterior.

En consecuencia, se debe buscar un diseño de estos sistemas que balancee los intereses en conflicto, para lo cual, en primer lugar, recurriremos a las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos

5. El uso de la DMCA como herramienta de censura política ha sido documentado ampliamente, por ejemplo, en la obra de Bertoni y Sadinsky (2015).

referentes a la libertad de expresión, normas que son perfectamente aplicables en el marco de internet (La Rue, 2011: 7; Botero, 2013: 1).

Las normas aplicables son el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos,⁶ el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP),⁷ y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).⁸ Todas estas normas coinciden en disponer que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, sino que puede ser sometido a restricciones legítimas, en este caso, para asegurar el respeto a los derechos de los demás.

Ahora bien, para que una restricción sea legítima debe someterse a un test tripartito de legalidad, finalidad y necesidad. Este test ha sido definido, en el marco del PIDCP, de la siguiente manera:

6. Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 19: «Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión».

7. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 19: «1) Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2) Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3) El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas».

8. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 13: «1) Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2) El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3) No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones».

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

b) debe obedecer a uno de los fines establecidos en el párrafo 3 del artículo 19 del Pacto, que son: i) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o ii) proteger la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas (principio de legitimidad); y

c) debe revelarse necesaria y ser el medio menos restrictivo requerido para lograr el objetivo previsto (principios de necesidad y proporcionalidad) (La Rue, 2011: 8).

Asimismo, se señala que la aplicación de leyes que restrinjan la libertad de expresión «incumbirá a un órgano independiente de cualquier influencia indebida de tipo político, comercial u otro tipo de influencia, de manera que no haya arbitrariedad ni discriminación y que existan las debidas salvaguardias contra el abuso, incluida la posibilidad de impugnación y recurso contra su aplicación abusiva» (La Rue, 2011: 8).

En el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en específico respecto al ejercicio de la libertad de expresión en internet, se han señalado los siguientes requisitos para la legitimidad de las restricciones. En primer lugar, se requiere la legalidad de la medida restrictiva, que debe entenderse en un sentido formal y sustancial, como señala el informe de la Relatoría Especial de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Ambos requisitos son necesarios en la medida que tanto una regulación definida, pero contenida en una disposición administrativa, como una regulación ambigua, pueden dar lugar a decisiones arbitrarias, que pueden tener efectos inhibitorios en la incorporación de los individuos al debate público (Botero, 2013: 28).

Un segundo requisito es que las restricciones «estén orientadas al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, es decir, a la protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad nacional, del orden público o de la salud o moral públicas» (Botero, 2013: 29).

En tercer lugar, plantea como requisito que la restricción pase por un juicio de necesidad, consistente en que ésta sea necesaria, proporcionada e idónea (Botero, 2013: 29). Así, para imponer responsabilidades ulteriores al ejercicio de la libertad de expresión no se pueden invocar

meras conjeturas ni circunstancias hipotéticas: debe tomarse en cuenta el impacto de dicha medida en el funcionamiento de internet como una red descentralizada y abierta (Botero, 2013: 30), lo que implica que las regulaciones ya existentes aplicables a otros medios de comunicación no pueden aplicarse sin antes adaptarse a las particularidades de internet (La Rue y otros, 2011).

Una cuarta condición de legitimidad de las restricciones hace referencia a que éstas respeten las garantías de debido proceso y reserva judicial contenidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Botero, 2013: 31).

Finalmente, agrega como quinta condición el hecho de que la competencia respecto de causas vinculadas con expresiones en internet debería corresponder a los Estados con los que tales causas presenten los contactos más estrechos, planteando como criterios de referencia la residencia del autor de la expresión, el lugar desde el que se publicó, o que la expresión se dirija al público ubicado en el Estado en cuestión, de modo de evitar el *forum shopping* (Botero, 2013: 31-32).

Aun cuando las restricciones sean realizadas por particulares, en el marco del cumplimiento de las condiciones para optar a la protección de un puerto seguro, éstas deberán respetar las normas internacionales de derechos humanos, en la medida que el artículo 13.2 de la Convención Americana, que establece las condiciones necesarias para la legitimidad de una restricción a la libertad de expresión, debe interpretarse de acuerdo con las disposiciones del artículo 13.3, el cual según la Corte no sólo alcanza a las restricciones gubernamentales, sino que también a los controles particulares que produzcan el mismo efecto.⁹

RESPONSABILIDAD DE INTERMEDIARIOS POR INFRACCIONES A DERECHOS DE AUTOR EN LATINOAMÉRICA

Antes de analizar en concreto los sistemas establecidos en los países objeto de este trabajo, debemos hacer una prevención general. Chile, Costa Rica y Paraguay son países que forman parte de la tradición continental

9. Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrafos 47-48.

del derecho civil, por lo que a diferencia de lo que sucede en el sistema de *common law* norteamericano, en que existen hipótesis de responsabilidad contributiva y vicaria que podrían hacer responsable a un intermediario por las conductas de sus usuarios, en el sistema continental en materia de responsabilidad extracontractual por el hecho de terceros se aplica la teoría de la culpa *in vigilando*,¹⁰ que supone la responsabilidad por culpa de quienes asumen el cuidado de otros que dependen de él y causan el daño, no dándose este requisito de la subordinación o dependencia en el marco de la relación entre el intermediario en internet y el usuario de sus servicios (Hercovich Montalba, 2013: 132-133).

En ausencia de la hipótesis de culpa *in vigilando*, se aplicarán las reglas generales sobre atribución de responsabilidad, que, en este caso, sería por omisión, situación en la que, conforme a la doctrina usualmente aceptada (Hercovich Montalba, 2013: 135), sólo se genera responsabilidad cuando la ley establece un deber de actuar (en este caso, correspondería a un deber de los intermediarios en internet de supervisar la conducta de sus usuarios ante eventuales ilícitos contra el derecho de autor), lo que no se daría en estos casos.¹¹

10. Así, por ejemplo, los artículos 2320 y 2322 del Código Civil chileno, que establecen que «Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado», y «Los amos responderán de la conducta de sus criados o sirvientes, en el ejercicio de sus respectivas funciones; y esto aunque el hecho de que se trate no se haya ejecutado a su vista». En el mismo sentido, los artículos 1047 y 1048 del Código Civil de Costa Rica, que establecen: «Los padres son responsables del daño causado por sus hijos menores de quince años que habiten en su misma casa. En defecto de los padres, son responsables los tutores o encargados del menor» y «Los Jefes de Colegios o escuelas son responsables de los daños causados por sus discípulos menores de quince años, mientras estén bajo su cuidado. También son responsables los amos por los daños que causen sus criados menores de quince años». Asimismo, el artículo 1842 del Código Civil paraguayo, que establece como norma general: «El que cometiere un acto ilícito actuando bajo la dependencia o con autorización de otro, compromete también la responsabilidad de éste. El principal quedará exento de responsabilidad si prueba que el daño se produjo por culpa de la víctima o por caso fortuito».

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

En este sentido, el establecimiento de responsabilidad de intermediarios parece ser una construcción forzada dentro de los sistemas de responsabilidad extracontractual en el derecho continental (Hercovich Montalba, 2013: 139), y, por tanto, la exclusión de responsabilidad sería una respuesta a un problema no existente.

CHILE

En Chile se reguló la responsabilidad de los intermediarios en internet a través de la Ley 20.435 de 2010, que modificó la Ley 17.336 de Propiedad Intelectual, con el objeto de implementar las obligaciones del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, así como para modernizar la ley, de modo de corregir las deficiencias normativas, a objeto de balancear los intereses legítimos de autores, titulares de derechos y el público en general (Álvarez Valenzuela, 2011: 2).

La ley agrega un capítulo, titulado «Limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de internet», creando normas de exclusión de responsabilidad a los ISP, señalando en el artículo 85 L que éstas se aplicarán sin perjuicio de la aplicación de las normas generales de responsabilidad civil, en caso de no cumplirse las condiciones establecidas en este capítulo. Aun cuando se remite a las normas generales en caso de no cumplir los requisitos, debemos entender que los ISP no pueden ser considerados responsables por las infracciones cometidas por sus usuarios, pues, como ya vimos, no existe deber legal de supervigilar los contenidos que publican sus usuarios, tal como plantea el artículo 85 P.

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

Luego se establecen condiciones específicas para cada tipo de prestador de servicios, los que agrupa en cuatro categorías, coincidentes con las categorías usuales que señalamos en la introducción de este trabajo:

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

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

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

Finalmente, para los prestadores de servicios de almacenamiento y los de búsqueda, el artículo 85 Ñ establece requisitos comunes para llegar a un puerto seguro, consistentes en: 1) no tener conocimiento efectivo del carácter ilícito de los datos almacenados o vinculados; 2) no recibir beneficio económico directamente atribuible a la actividad infractora, teniendo el derecho y la capacidad para controlarla; 3) que designe públicamente un representante para recibir notificaciones, y 4) que retire o inhabilite en forma expedita el acceso al material almacenado conforme al procedimiento señalado en el artículo 85 Q.

Este procedimiento, regulado en los artículos 85 Q a 85 T consiste en un sistema de notificación y bajada de carácter judicial, realizado a través de una solicitud judicial por parte del titular de derechos o su representante, sea dentro de juicio o como medida prejudicial, ante el juez civil del domicilio del prestador de servicios, pudiendo solicitar el bloqueo del contenido infractor respecto del proveedor de servicios de transmisión; y, en los demás casos, el retiro o inhabilitación del acceso

al contenido infractor, y el cierre de cuentas determinadas de infractores reincidentes, como señala en su artículo 85 R.

Para esto, la solicitud judicial debe cumplir los requisitos del artículo 254, núms. 1, 2 y 3 del Código de Procedimiento Civil, esto es, la identificación del tribunal, y del nombre, domicilio y profesión del demandante/solicitante y del demandado, así como de sus representantes, y, además, deberá indicar claramente: los derechos infringidos, con indicación precisa de su titularidad y del modo de la infracción, el material infractor y la localización del material infractor en las redes o sistemas del prestador de servicios.

Cumpliendo los requisitos, el tribunal decretará sin demora el retiro o bloqueo de los contenidos infractores, lo que notificará por cédula al prestador de servicios (generándose en este momento el conocimiento efectivo del intermediario), y por el estado diario al solicitante. Ante esta notificación, el prestador de servicios puede acatarla, o puede oponerse a través de una solicitud que cumpla los mismos requisitos del artículo 85 Q, agregando todo antecedente que fundamente su posición, o bien puede ignorarla.

Asimismo, como dispone el artículo 85 S, los solicitantes de estas medidas pueden pedir al tribunal que ordene al prestador de servicios la entrega de información que permita identificar al supuesto infractor, respetando las disposiciones de la Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada.

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

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

En general, el sistema de notificación y retirada judicial introducido por la Ley 20.435 ha recibido elogios tanto de la doctrina (Ruiz y Lara, 2012: 77; Meléndez, 2012: 121), como de las relatorías de libertad de expresión de organismos internacionales (La Rue, 2011: 13; Botero, 2013: 3-4), así como por parte de representantes de la sociedad civil, por cuanto consideran que los sistemas de notificación y bajada mediante órdenes judiciales son los que mejor balancean los derechos e intereses de titulares de derechos de autor, intermediarios en internet y de los usuarios.

No obstante, el sistema no está exento de críticas. Así, podemos mencionar deficiencias respecto del ámbito de aplicación de la ley, puesto que ésta no deja claro si se refiere sólo a prestadores de servicios en internet, o si incluye a otras redes similares, como podría ser una red de intranet (Cerdeña, 2014: 127-128).

Además, podrían hacerse críticas respecto a la celeridad del proceso judicial, en la medida que el tribunal competente es el juzgado de letras en lo civil del domicilio del prestador de servicios. Si bien se indica en el artículo 85 Q que se conocerán las solicitudes a través de un procedimiento breve y sumario, hay que tener en consideración las demoras propias del sistema de tramitación de procesos civiles en Chile, producto del alto número de causas que congestionan los tribunales, y de la existencia de procedimientos escritos, demoras que podrían afectar los intereses de los titulares de derechos.

Esta demora en la tramitación podría explicar la nula utilización que ha tenido el procedimiento de los artículos 85 Q a T, no habiéndose encontrado a la fecha casos en que se haya ocupado. En cambio, en Chile se ha utilizado en forma masiva el procedimiento de *notice and notice* del artículo 85 U,¹² el que por su diseño puede actuar inhibiendo expresiones legítimas o no infractoras. Esto debido a que estas comunicaciones sólo tienen un rol informativo para el usuario y no existe consecuencia legal alguna en caso de no retirar el material infractor, generando de ese modo incertidumbre en los usuarios sobre la licitud de sus acciones.

12. Véase «IFPI envía 4000 notificaciones por usar P2P a usuarios de internet en Chile», *FayerWayer*, 30 de julio de 2013, disponible en <<http://www.fayerwayer.com/2013/07/ifpi-envia-4-000-notificaciones-por-usar-p2p-a-usuarios-de-internet-en-chile/>>.

COSTA RICA

En Costa Rica se estableció un sistema de exclusión de responsabilidad de los intermediarios en internet por medio del Reglamento sobre la Limitación a la Responsabilidad de los Proveedores de Servicios por Infracciones a Derechos de Autor y Conexos de Acuerdo con el artículo 15.11.27 del Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos, núm. 36880-COMEX-JP.

Este reglamento parte señalando su ámbito de aplicación en su artículo 2, correspondiendo a aquellos proveedores de servicio que voluntariamente se sometan a sus reglas, estableciendo medidas colaborativas, razonables y proporcionales con los titulares de derechos de autor y conexos para atender a posibles infracciones por el uso no autorizado de materiales protegidos.

Luego, señala en el artículo 4 que, respecto a la limitación de responsabilidad, ésta supondrá que los prestadores de servicios que cumplan con los requisitos no serán sujetos a reparaciones pecuniarias, sin perjuicio de las medidas correctivas que pueda determinar la autoridad judicial competente.

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

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

Luego, regula a los proveedores de servicio en específico, agrupándolos en cuatro categorías, también coincidentes con las categorías señaladas en la introducción: proveedores de servicios de conexión, de almacenamiento temporal, de alojamiento o *hosting*, y de vinculación o referencia. Para los primeros, les exige que se mantengan como meros

conductos, esto es, que no seleccionen el contenido de la transmisión, no inicien la transmisión, ni seleccionen a los destinatarios de la misma, según dispone el artículo 7.

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

Respecto de los proveedores de servicios de alojamiento o *hosting*, regulados en el artículo 9, se les imponen los mismos requisitos que tienen los proveedores de conexión, además de que no reciban beneficio económico directamente atribuible a la infracción, pudiendo controlarla; que designen públicamente un representante para recibir las notificaciones; y que retiren o inhabiliten el acceso al material infractor una vez que tengan conocimiento efectivo de éste, o al darse cuenta de los hechos, esto es, al recibir una comunicación del artículo 11, o una notificación judicial, entre otros.

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

En cuanto al procedimiento de notificación y bajada, establece dos sistemas: en primer lugar, en los artículos 11 a 16, un sistema de *notice and notice* denominado ‘procedimiento de colaboración’, en que la parte solicitante puede comunicar por escrito (bajo juramento y sujeto a penas por falso testimonio) al proveedor de servicios si considera que sus derechos están siendo infringidos en sus redes o por medio de éstas (artículo 11); el proveedor tendrá un plazo no mayor a quince días para determinar si requiere información adicional, finalizado el cual deberá enviar los ante-

cedentes, junto con la información de la notificación al usuario o proveedor del material infractor (artículo 12), dándole a éste un plazo de quince días para retirar voluntariamente el material o presentar una contestación que contenga los mismos requisitos, lo que se deberá comunicar al titular de derechos para que tome las medidas correspondientes (artículo 13).

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

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

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

Presentada la solicitud, la autoridad judicial correspondiente procederá conforme a la Ley de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, notificando la medida de compensación respectiva al proveedor de servicios correspondiente. Las medidas a adoptar dependen del tipo de proveedor de servicios: así, para los proveedores de servicios de conexión puede ordenar el cierre de cuentas específicas, o la adopción de medidas razonables para bloquear el acceso a un sitio específico que contenga el contenido infractor, conforme al artículo 17.

El artículo 18 establece, para el resto de proveedores de servicios, que se puede ordenar el cierre de cuentas específicas, el retiro o inhabilitación del acceso a un determinado contenido infractor u otros recursos que la autoridad judicial considere necesarios, siempre que éstos sean los menos onerosos para el proveedor de servicios.

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

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

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

La primera crítica que se debe hacer a esta normativa es su carácter de reglamento, norma de naturaleza infralegal que, en consecuencia, incumple con el requisito de legalidad establecido en conformidad a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Aun cuando la norma pareciera establecer medidas razonables, el hecho de que haya sido implementada por medio de las potestades reglamentarias del Poder Ejecutivo costarricense supuso que faltó un debate democrático previo a su implementación. Si bien se señala, en el punto VI del preámbulo, que el reglamento se sujetó a consulta pública por el plazo de diez días hábiles desde su publicación, esto no puede reemplazar la discusión hecha por los representantes del Poder Legislativo propia de sociedades democráticas.

En cuanto al fondo de la regulación, ésta contiene algunos elementos que denotan mala técnica legislativa, y que introducen incertidumbre. Por ejemplo, al delimitar su ámbito de aplicación se establece que se aplicará a los proveedores de servicio que se sometan voluntariamente a sus reglas, lo cual implicará que los usuarios de internet no tengan

claro *a priori* si las medidas se aplicarán o no, lo cual puede tener efectos inhibitorios sobre la expresión. Se puede interpretar que esta norma pareciera referirse a la voluntariedad con que los intermediarios pueden seguir o no los requisitos para acogerse a un puerto seguro de exclusión de responsabilidad: la mala redacción genera dudas legítimas sobre su interpretación.

Más allá de esos defectos, la ley establece elementos de balance suficientes como para considerar que se respetan los derechos de los usuarios, titulares de derechos y proveedores de servicios, a saber: que establece plazos razonables en el sistema de *notice and notice*; que exige requisitos formales detallados, y sanciona civil y penalmente el abuso de ambos sistemas; que se exija en el procedimiento judicial que se afecte el acceso a contenidos legítimos, y que al momento de adoptar las medidas debe adoptar criterios de decisión que incluyan la revisión conforme a la sana crítica de que el mecanismo supondrá la menor carga para el proveedor de servicios y menor daño al titular de derechos, así como la existencia de medidas lo menos onerosas posible y que sean comparativamente efectivas.

PARAGUAY

En el caso de Paraguay, la responsabilidad de los intermediarios en internet se reguló por medio de la Ley 4.868, publicada el 26 de febrero de 2013, cuya reglamentación fue publicada el 27 de enero de 2014, luego del vencimiento del plazo de 90 días establecido en el artículo 43 de la ley.

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

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

En primer lugar, y siguiendo con la clasificación utilizada en el dere-

cho comparado, establece cuatro categorías de proveedores de servicios, consistentes en los proveedores de servicio de intermediación, de alojamiento de datos, de enlace y de copia temporal.¹³

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

En cuanto a los requisitos específicos, exige a los proveedores de servicios de intermediación que se mantengan como mero conducto de la información, al disponer el artículo 11 que la transmisión no sea originada por ellos, que no modifiquen los datos ni realicen la selección de éstos o sus destinatarios. Sin perjuicio de la exclusión de responsabilidad, un tribunal o autoridad administrativa podrá exigir poner fin o impedir una infracción.

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

En cuanto a los proveedores de enlace, el artículo 13 señala que no serán responsables siempre que el usuario no opere bajo la dirección, autoridad o control del proveedor de servicios, y, a la vez, que el proveedor

13. Si bien utiliza una terminología distinta a la usual, se refiere a los mismos tipos de prestadores de servicio a los que hacen referencia el resto de leyes analizadas. Así, en el artículo 2 letra c), define al proveedor de enlace como «toda persona física o jurídica que facilita enlaces a otros contenidos, incluye en los suyos, directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos», lo que hace referencia a los proveedores de servicios de vinculación, referencia y búsqueda. Por su parte, los proveedores de servicios de intermediación, conforme al artículo 2 letra f), son «toda persona física o jurídica que presta el servicio de acceso a internet», correspondiendo a los proveedores de transmisión y acceso.

no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o información es ilícita, y que apenas lo tenga, actúe con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

En cuanto a los proveedores de servicios de copia temporal, conforme dispone el artículo 14, no serán responsables si no modifican la información, permiten el acceso sólo a los destinatarios que cumplan las condiciones de acceso, y que retiren o hagan imposible el acceso a la información apenas tengan conocimiento efectivo de que ésta: 1) ha sido retirada del lugar en que se encontraba inicialmente; 2) se ha imposibilitado el acceso a ella; o 3) que un tribunal o autoridad competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.

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

Aunque se establecen requisitos generales para acceder a un puerto seguro que excluya la responsabilidad, en el artículo 16 se establece una norma especial referente a derechos de autor, conexos y derechos de propiedad industrial. Esta norma permite que un tercero, que es titular de estos derechos, pueda solicitar a los proveedores que han hecho posible la divulgación o publicación de un contenido protegido, que retiren el contenido de internet, en virtud de un mecanismo de retiro que deberán establecer los proveedores de servicio, el que deberá ser de carácter público y accesible a cualquier usuario.

El principal problema de la ley es su indeterminación en varios aspectos. Este problema de técnica legislativa puede causar graves efectos inhibitorios sobre la libertad de expresión, los que no fueron solucionados con la dictación del reglamento de la ley, a través del Decreto 1165 de 2014 del Ministerio de Industria y Comercio.

Esta ambigüedad se manifiesta, por ejemplo, en la determinación del conocimiento efectivo de la infracción por parte del proveedor de servicios, el que por regla general se tendrá luego de una notificación hecha

por la autoridad administrativa o judicial competente, la que no es definida en la ley, sino en el reglamento, indicando en su artículo segundo que corresponde al Ministro de Industria y Comercio.

Otra indeterminación de esta norma corresponde a su alcance, puesto que, si bien la ley en su artículo primero señala que el objeto de la ley es regular el comercio y la contratación a través de medios electrónicos, siendo así entendido por algunos análisis (Ferreyra, 2016: 159), en su reglamentación el artículo 5 distingue entre actividades propias del comercio electrónico y actividades de intermediación propiamente tales. Vale decir, aun cuando la norma señala que su objeto es el comercio electrónico, de la interpretación de la ley se desprende que sí regula la exclusión de responsabilidad de intermediarios, en general por la infracción de derechos de terceros en su artículo 18, y en específico respecto de derechos de autor, conexos y de propiedad industrial en el artículo 16.

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

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

Finalmente, la ley establece una excepción a las reglas generales, en su artículo 16, al establecer un sistema de notificación y bajada entre privados en materia de propiedad intelectual. La determinación de este mecanismo es discrecional a cada proveedor de servicios en internet, estando exento de todo control respecto de la forma, ignorando en absoluto cualquier preocupación por los derechos de los usuarios.

CONCLUSIONES

La forma como se implementan los sistemas de exclusión de responsabilidad de los intermediarios en internet es de crucial importancia, dado el rol central que tienen los servicios que proveen de espacios para la libertad de expresión en la web. Así, por ejemplo, la DMCA norteameri-

cana, si bien cumplió un papel crucial en el desarrollo inicial de internet, en la actualidad es objeto de múltiples críticas en relación a su rol como mecanismo de censura indirecta y su efecto inhibitorio sobre la libertad de expresión, problemas que han sido documentados empíricamente (Urban y Quilter, 2005; Seng, 2014).

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

En primer lugar, en el ámbito de la legalidad el cumplimiento es disímil entre los países: Chile el único país que cumple con los requisitos de legalidad formal y sustancial en su sistema de notificación judicial y retiro, fallando en cuanto a la falta de claridad sobre las consecuencias legales para los usuarios respecto de las comunicaciones del artículo 85 U. Costa Rica, por su parte, falla en cuanto a la legalidad formal al regular esta materia en un reglamento, aunque en el ámbito sustancial posee una regulación detallada, sin perjuicio del problema respecto a la determinación del ámbito de aplicación de la norma en el artículo 2. Finalmente, Paraguay sólo cumple el requisito en su ámbito formal, al regular la materia por ley, fallando gravemente en cuanto al fondo de la misma, la cual no detalla los procedimientos para el retiro de contenidos, dejando al arbitrio de cada intermediario su diseño e implementación y el establecimiento de otro tipo de mecanismos para determinar el conocimiento efectivo.

En cuanto a la legitimidad de las medidas, los tres países cumplen con proteger objetivos legítimos en el marco del PIDCP y de la Convención Americana de Derechos Humanos, puesto que se establecieron en el contexto de asegurar la protección a derechos legítimos de terceros, como es el caso de los derechos de autor.

Respecto al requisito de proporcionalidad de las medidas, éste se cumple en la ley chilena y en el reglamento costarricense. Ambas normas contienen provisiones que exigen la debida identificación del titular de derechos, la infracción que se alega y la debida identificación y localización del contenido infractor, lo que evita el envío de solicitudes de retiro de contenido demasiado amplias. Asimismo, ambos países sancionan el abuso de estos sistemas mediante el envío de información falsa y contienen disposiciones que exigen considerar la carga relativa para el prestador de servicios, su factibilidad técnica y la existencia de medidas menos

gravosas para asegurar el derecho reclamado. En el caso de Paraguay, la legislación tiene un nivel de indeterminación tan grande que no ofrece ninguna garantía respecto a la utilización desproporcionada o abusiva de los mecanismos de retiro de contenido.

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

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

Finalmente, es necesario señalar que, en la mayoría de los casos, la retirada de contenidos protegidos por derechos de autor se realiza a través del sistema de la DMCA norteamericana, sea porque los grandes intermediarios de internet y titulares de derechos de autor están ubicados en los Estados Unidos, o bien por los desbalances propios de esta norma, que incentivan su uso aún en casos propios de la jurisdicción de otros Estados.

En ese sentido, resulta evidente la necesidad de una reforma a la DMCA, de modo que esta norma cumpla con los requisitos en materia de derechos humanos a la hora de imponer restricciones a la libertad de expresión. En concreto, el principal problema de esta norma es que establece un sistema de notificación y bajada de contenidos a cargo de privados, lo que no ofrece garantías de imparcialidad e independencia, puesto que el interés primordial de los privados es acceder al puerto seguro de exclusión de responsabilidad y no el tomar decisiones justas. Asimismo, en el caso de la DMCA se genera un problema de desproporcionalidad

que restringe la expresión, en la medida en que la sección 512 letra g) de esta norma libera de responsabilidad a los intermediarios por el retiro de contenidos aparentemente infractores si éste se realiza de buena fe, lo que implica que en la práctica se retiren por defecto los contenidos, los que se podrán restablecerse sólo después de que el usuario envíe una contranotificación.

REFERENCIAS

- ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel (2011). «En busca de equilibrios regulatorios: Chile y las recientes reformas al derecho de autor». International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), Documento de Política 12, Ginebra, Suiza. Disponible en <<http://bit.ly/29qItvs>>.
- BERTONI, Eduardo y Sophia SADINSKY (2015). «The use of the DMCA to stifle free expression». *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías* (Universidad de Los Andes), 13: 1-21. Disponible en <<http://bit.ly/29ttGBV>>.
- BOTERO, Catalina (2013). Libertad de expresión e Internet. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- CERDA, Alberto (2014). «Limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet por infracción a los derechos de autor en línea». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 42 (1): 121-148. Disponible en <<http://bit.ly/29kSOqU>>.
- DI MARTINO, Rosa (2014). «Comercio electrónico en Paraguay: alcanzando metas». En *14.º Simposio Argentino de Informática y Derecho* (pp. 66-80). Buenos Aires, Universidad de Palermo. Disponible en <<http://bit.ly/29nAJJw>>.
- EDWARDS, Lilian (2011). *The role and responsibility of intermediaries in the field of copyrights and related rights*. WIPO. Disponible en <<http://bit.ly/29nARsx>>.
- FERREYRA, R. Eduardo (2016). Libertad de expresión y responsabilidad de los intermediarios en Internet. En Asociación por los Derechos Civiles (ADC), *Libertad de expresión en el ámbito digital. El estado de situación en América Latina* (pp. 143-192). Disponible en <<http://bit.ly/29lqTIM>>.

- HERCOVICH MONTALBA, Matías (2013). «Responsabilidad de los ISP por contenidos ilícitos o infractores de terceros». *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 2 (1): 113-148. Disponible en <<http://bit.ly/29ku5I5>>.
- LA RUE, Frank (2011). Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/HRC/17/27. Organización de las Naciones Unidas.
- LA RUE, Frank, Dunja MIJATOVI, Catalina BOTERO MARINO y Faith Pansy TLAKULA (2011). Declaración conjunta sobre libertad de expresión e internet. Disponible en <<http://bit.ly/29BgMRI>>.
- MELÉNDEZ, Hiram (2012). «Intermediarios y libertad de expresión: Apuntes para una conversación». En Eduardo Bertoni (compilador), *Hacia una internet libre de censura: Propuestas para América Latina* (pp. 109-124). Buenos Aires: CELE Universidad de Palermo.
- OECD (2010). *The economic and social role of Internet intermediaries*. Disponible en <www.oecd.org/internet/ieconomy/44949023.pdf>.
- PEGUERA, Miguel (2007). La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet. Granada: Comares.
- RUIZ, Claudio y Juan Carlos LARA (2012). «Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet (ISPs) en relación con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Latinoamérica». En Eduardo Bertoni (compilador), *Hacia una internet libre de censura: Propuestas para América Latina* (pp. 45-108). Buenos Aires: CELE Universidad de Palermo.
- SCHAUER, Frederick (1978). «Fear, risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect». *Boston University Law Review*, 58: 685-732. Disponible en <<http://bit.ly/29tuSoW>>.
- SENG, Daniel (2014). «The state of the discordant union: An empirical analysis of DMCA takedown notices». *Virginia Journal of Law & Technology*, 18 (3): 369-473. Disponible en <<http://bit.ly/29xrLwC>>.
- TUSHNET, Rebecca (2008). «Power without responsibility: Intermediaries and the First Amendment». *The George Washington Law Review*, 76 (4): 101:131. Disponible en <<http://bit.ly/29BhvCu>>.
- URBAN, Jennifer y Laura QUILTER (2005). «Efficient process or «Chilling Effects»? Takedown notices under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act». *Santa Clara High Technology Law Journal*, 22 (4): 621-693. Disponible en <<http://bit.ly/29vTsEB>>.

ZITTRAIN, Jonathan (2006). «A history of online gatekeeping». *Harvard Journal of Law & Technology*, 19 (2): 253-298. Disponible en <<http://bit.ly/29RZUF6>>.

SOBRE EL AUTOR

RODRIGO VARGAS ACOSTA es egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y pasante en ONG Derechos Digitales. Su correo electrónico es <vargasr@ug.uchile.cl> y su dirección postal es Los Cerezos 0850, Puente Alto, Santiago.

El presente artículo fue recibido el 21 de junio y aceptado el 28 de junio de 2016.

