

La responsabilidad de los proveedores de servicios de *cloud computing* por infracciones al *copyright* en la legislación y jurisprudencia estadounidense¹

Mariliana Rico Carrillo²

Recibido: 13-03-2017 Aceptado: 26-03-2017

Resumen

El presente trabajo aborda el uso de los servicios de *cloud computing* en el intercambio de archivos que contienen obras protegidas por el *copyright* en la legislación y la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, a fin de determinar si existe responsabilidad de los proveedores de estos servicios por las infracciones cometidas por sus usuarios y si la normativa actual es idónea para enfrentar la protección del *copyright* en la nube. A efectos de cumplir este objetivo, se describen los principales aspectos técnicos del *cloud computing* para luego estudiar la protección del *copyright* bajo la *Digital Millenium Copyright Act* y la forma en que los jueces han determinado la responsabilidad de estos sujetos en situaciones similares. La investigación finaliza con un análisis de la sentencia del caso *Capitol Records vs. MP3tunes* donde se trata de manera específica la responsabilidad de los proveedores de servicios de *cloud computing* en el intercambio de material protegido por el *copyright*.

Palabras clave: computación en la nube, proveedores de servicios en internet, propiedad intelectual, responsabilidad.

The responsibility of cloud computing services providers In copyright infringements inside the american legislation

Abstract

This paper addresses the implications of Cloud Computing in copyrighted works under the USA Copyright Act provisions and court rulings, in order to determine the liability of Cloud Computing Service Providers for copyright infringement, and whether the current Law is able to address copyright issues in the Cloud. To fulfill the main objective, and to understand legal implications, Cloud Computing technology and services are analyzed in the first part. The second part explores copyright legal protection and ISP liability for copyright infringement, and the different court rulings in the matter liability related to copyright infringements on the Internet and in the Cloud. The research concludes with an analysis of the judgement in *Capitol Records v. MP3tunes* where the court in USA specifically addresses the responsibility of cloud computing service providers in the exchange of copyrighted material.

Keywords: cloud computing, copyright, internet service providers, liability.

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto “Big Data, Cloud Computing y otros nuevos retos jurídicos planteados por las tecnologías emergentes; en particular, su incidencia en el sector turístico” (DER2015-63595-R MINECO/FEDER) financiado por la Dirección General de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad y ejecutado en la Universidad de las Islas Baleares (IP: Apol·lònia Martínez Nadal).

² Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesora Titular de Derecho Mercantil y Nuevas Tecnologías Universidad Católica del Táchira. Profesora invitada en la Universidad Carlos III de Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Universidad Europea de Madrid, Universidad Central y Universidad de los Andes de Venezuela, entre otras instituciones académicas en Latinoamérica. Árbitro certificado por la Corte Suprema de Justicia del estado de Florida de los Estados Unidos de América. Secretaria General de la Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática (FIADI). Correo electrónico: mariliana@ricocarrillo.com

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. I. LA COMPUTACIÓN EN LA NUBE. CONFIGURACIÓN TÉCNICA Y PROBLEMAS JURÍDICOS. 1. DEFINICIÓN Y MODALIDADES DE USO 2. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES. 3. MODELOS DE IMPLEMENTACIÓN. LOS DIFERENTES TIPOS DE NUBE. 4. PROBLEMÁTICA JURÍDICA. II. LA RESPONSABILIDAD DE LOS SUJETOS QUE FACILITAN MEDIOS TECNOLÓGICOS QUE PERMITEN LA VULNERACIÓN DEL *COPYRIGHT*. III. LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET 1. LOS TRATADOS DE LA OMPI. 2. LA PROTECCIÓN DEL *COPYRIGHT* EN LOS ESTADOS UNIDOS. LA *DIGITAL MILLENIUM COPYRIGHT ACT*. 3. IV. LAS LIMITACIONES Y LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS EN INTERNET. 1. REGLAS PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD POR LAS INFRACCIONES AL *COPYRIGHT* 2. LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD SECUNDARIA: *VICARIOUS LIABILITY* Y *CONTRIBUTORY INFRINGEMENT* 3. LOS PRINCIPIOS DE *SAFE HARBOR* 3. LA DOCTRINA DEL *FAIR USE*. V. EL INTERCAMBIO DE OBRAS PROTEGIDAS EN INTERNET. VI. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE *CLOUD COMPUTING*. EL CASO *CAPITOL RECORDS, INC. V. MP3TUNES*. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

La tecnología de *cloud computing* (computación en la nube, o simplemente “la nube” como se conoce en español) representa una nueva realidad en la Sociedad de la Información, con importantes implicaciones en el ámbito jurídico. Los diferentes servicios que ofrece la nube permiten a los usuarios de Internet acceder y compartir en formato digital obras protegidas por el denominado *copyright* en los Estados Unidos de América, que se refiere a la tutela de los derechos de autor en los países de tradición latina³. Las aplicaciones de la nube no solo permiten compartir música, libros y material audiovisual, sin la correspondiente autorización del autor (y muchas veces sin su conocimiento) sino también almacenarlos en diversos dispositivos, facilitando de esta manera la reproducción ilegal de la obra.

Aunque esta situación no es nueva, en el entendido que hace años el intercambio de archivos y las vulneraciones a la propiedad intelectual han sido frecuentes en los servicios PSP (redes *peer to peer*, “entre pares” o “puerto a puerto”), a partir del conocido caso Napster; resulta interesante analizar las demandas que se han presentado en los tribunales estadounidenses a efectos

³ Aunque existen diferencias entre la protección otorgada a estos derechos bajo la figura del *copyright* y los derechos de autor los países de tradición latina, a efectos de este trabajo tomaremos ambos términos como sinónimos. Algunas de estas diferencias se observan en el desarrollo de la investigación.

de determinar la responsabilidad de los proveedores de *cloud computing* por las infracciones cometidas por los usuarios de estos servicios.

El principal problema que han discutido los jueces relacionado con la participación de estos sujetos y la protección del *copyright* se enfoca en la determinación de la aplicación de las normas jurídicas vigentes y de los criterios sentados previamente en la jurisprudencia y si son idóneos para proteger los derechos de los autores frente a los usos infractores derivados de las facilidades que ofrece esta tecnología y atribuir la correspondiente responsabilidad. Como observaremos en el desarrollo del presente trabajo, una vez más la actuación de los proveedores de servicios de Internet (ISP) ha sido objeto de examen en los tribunales de los Estados Unidos, como consecuencia de acciones legales que intentan atribuirles responsabilidad (en el caso que nos ocupa a los proveedores de servicios en la nube) como contribuyentes en las infracciones a los derechos de los autores por el hecho de aportar una tecnología específica.

Tomando en cuenta estas circunstancias, en las siguientes líneas abordamos las implicaciones del uso de obras protegidas por el *copyright* mediante los servicios de *cloud computing* bajo las disposiciones de la *Digital Millenium Copyright Act* y la forma en que han sido tratados estos problemas en las resoluciones de los tribunales de este país, a fin de determinar la posible responsabilidad de los ISP y si existe, bajo qué tipo de infracción son responsables.

Para cumplir los objetivos de la investigación y comprender los problemas jurídicos que implica en uso de esta tecnología, comenzamos nuestro estudio con una descripción básica del funcionamiento y de los servicios de *cloud computing*, a lo que sigue un análisis de las normas de la *Digital Millenium Copyright Act*, así como de diferentes resoluciones judiciales que discuten la responsabilidad que debe atribuirse a estos sujetos por las infracciones cometidas por los usuarios. Concluimos con la exposición y análisis de la sentencia *Capitol Records, Inc. vs. MP3tunes*, donde se fijan las pautas que deben tomarse en cuenta al momento de determinar la responsabilidad de los ISP en estos casos. La importancia de esta decisión es fundamental, toda vez que sus criterios han sido determinantes en la industria de los grandes proveedores de servicios de *cloud computing* como Google, Amazon y Yahoo, entre otros.

I. LA COMPUTACIÓN EN LA NUBE. CONFIGURACIÓN TÉCNICA Y PROBLEMAS JURÍDICOS

El comienzo de la computación en la nube ha sido comparado con la Revolución Industrial, en cuanto a la oferta de medios para la producción masiva de determinados bienes y servicios⁴. Las funcionalidades de esta aplicación informática facilitan el intercambio en masa de archivos y la reproducción de obras protegidas por el Derecho de la Propiedad Intelectual sin el consentimiento, y muchas veces sin el conocimiento de los autores.

Con la finalidad obtener una mejor comprensión sobre la forma como la jurisprudencia estadounidense ha abordado los problemas del *copyright* en el entorno del *cloud computing*, consideramos necesario explorar, aunque de manera básica, el funcionamiento de los servicios en la nube.

1. Definición y modalidades de uso

El estudio sobre “Computación en Nube”, realizado por el Parlamento Europeo durante el año 2012⁵, se refiere a un nuevo modelo de computación, que aunque ofrece importantes ventajas a los consumidores, las empresas y las administraciones públicas, también plantea nuevos riesgos y retos. En cuanto a la definición de esta tecnología, el estudio destaca las dificultades para elaborar un concepto concreto, al indicar que se trata de un término bastante impreciso con múltiples significados. Entre las definiciones ampliamente aceptadas por la doctrina, citada y traducida al español por el mencionado estudio, destaca

⁴ PRICE, M. “Pinning Down the Cloud”, Wall Street Journal, 14 de febrero de 2011 en <http://online.wsj.com/article/SB10001424052748704739504576067461795827534.html>; y Wyld, D. C.: *Cloud Computing: Is it the Fifth Utility?*, 2009, disponible en <http://computersight.com/computers/cloud-computing-is-it-the-fifth-utility/>. En este sentido se habla de una nueva Revolución Industrial donde “...no se trata de comprar una máquina de vapor para hilar y empezar a vender pantalones... se trata de adaptarse a los medios de la Nube... donde... cada empresa debe evolucionar con la experiencia. Vid. RUIZ, Francisco. *La transformación digital. Todo está en la nube*”, disponible en <http://blog.dataprius.com/index.php/2017/02/04/la-transformacion-digital-todo-en-la-nube/> (Consulta: 28 de febrero de 2017).

⁵ PARLAMENTO EUROPEO. Dirección General de Políticas Interiores Departamento Temático A: Política Económica y Científica “Estudio sobre Computación en Nube”, 2012. Este estudio presenta los resultados de la investigación realizada por *Civic Consulting* entre octubre de 2011 y marzo de 2012. Su propósito, tal como solicita el mandato del Parlamento Europeo, es ofrecer una visión global acerca de los servicios de computación en nube, la protección del consumidor en la Unión Europea y los objetivos del mercado único digital. Disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/475104/IPOL-IMCO_ET\(2012\)475104_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/475104/IPOL-IMCO_ET(2012)475104_ES.pdf) (Consulta: 28 de febrero de 2017).

la del *National Institute for Standards and Technology* de los Estados Unidos⁶, que al referirse al *cloud computing* indica que se trata de:

*...un modelo que permite acceder de forma cómoda y ubicua, a petición del usuario, a una serie de recursos informáticos compartidos y configurables (por ejemplo, redes, servidores, almacenamiento, aplicaciones y servicios) que se pueden suministrar con rapidez y distribuir con un esfuerzo mínimo de gestión o interacción del proveedor de servicios.*⁷

La nube ofrece principalmente tres modalidades de uso: el software como servicio (SaaS); la plataforma como servicio (PaaS), y la infraestructura como servicio (IaaS). De todos estos, el más usado y el que más problemática genera en el ámbito que nos ocupa es la infraestructura de la nube como servicio, en el entendido que se trata de un servicio de hospedaje (*hosting*) que permite al usuario el almacenamiento y el intercambio contenidos o de archivos digitales, muchos de ellos protegidos por el derecho de autor. La problemática en el uso de esta modalidad se deriva del hecho que en estos casos es el usuario quien decide la forma de administrar y acceder a la información alojada en la nube.

2. Características esenciales

De acuerdo con el NIST, las características esenciales de la nube son las siguientes: autoservicio bajo demanda, amplio acceso a la red, agrupación de recursos comunes, rapidez y elasticidad. Respecto a los problemas que afectan al *copyright*, el autoservicio bajo demanda y el amplio acceso a la red son los que han tenido mayores repercusiones.

El autoservicio bajo demanda (autoservicio a la carta) permite a los usuarios aprovechar las capacidades de la tecnología, como el tiempo

⁶ NATIONAL INSTITUTE OF STANDARD AND TECHNOLOGIES. *The NIST Definition of Cloud Computing*. Special Publication 800-145. Disponible en <http://csrc.nist.gov/publications/nist-pubs/800-145/SP800-145.pdf> (Consulta 03 de enero de 2017).

⁷ El texto original en inglés es del siguiente tenor: “*Cloud computing is a model for enabling ubiquitous, convenient, on-demand network access to a shared pool of configurable computing resources (e.g., networks, servers, storage, applications, and services) that can be rapidly provisioned and released with minimal management effort or service provider interaction*”. Vid. NATIONAL INSTITUTE OF STANDARD AND TECHNOLOGIES. *The NIST Definition of Cloud Computing*. Special Publication 800-145, *op. cit.*, p. 2.

del servidor y el almacenamiento en red, según sus necesidades y de forma automática, sin necesidad de interacción humana con cada proveedor de servicios. El amplio acceso significa que estas capacidades están disponibles a través de la red y se puede acceder a ellas fácilmente mediante mecanismos estándar que promueven el uso en distintos dispositivos móviles (teléfonos, tabletas, computadoras portátiles, estaciones de trabajo, etc.)

3. Modelos de implementación. Los diferentes tipos de nube

El NIST (2011) define cuatro “modelos de implementación” (*deployment models*): nube privada, nube comunitaria, nube pública y nube híbrida. Las diferencias entre estos modelos son importantes en lo que respecta a la vulneración de los derechos de autor. Como veremos a continuación, los mayores problemas en este ámbito se presentan en la infraestructura de las nubes públicas e híbridas, ya que es muy difícil detectar una violación a los derechos de propiedad intelectual en las nubes privadas.

A) Nube privada. En este caso, la infraestructura de la nube es para uso exclusivo de una organización que comprende múltiples usuarios (por ejemplo, unidades de negocio). Puede ser propiedad de la misma organización y operada por ésta, por un tercero o una combinación de ellos, y puede configurarse con los recursos informáticos de la misma organización, dentro o fuera de ella.

B) Nube comunitaria. La infraestructura de la nube es para uso exclusivo de una comunidad específica de consumidores o usuarios de organizaciones que tienen intereses comunes. Igual que en el caso anterior, puede ser propiedad de la comunidad, administrada por una o más de las organizaciones de la comunidad, un tercero o una combinación de ellos y puede existir dentro o fuera de las instalaciones.

C) Nube pública. Esta infraestructura ofrece servicios de uso abierto al público en general. Puede ser propiedad de una organización comercial, académica o gubernamental o una combinación de ellos y es detentada por el proveedor de servicios en la nube. Es el caso de los servicios de computación en la nube ofrecidos por Amazon, Yahoo, Google, Netflix, Youtube, etc. Obviamente es aquí donde se concentran los mayores problemas relacionados con el uso de archivos digitales sometidos a la protección del derecho de autor, sin el consentimiento del titular.

Los servicios de nube pública, que se ofrecen a cambio de un pago y en algunos casos en forma gratuita y con capacidad limitada, son los más difundidos y por lo tanto, los más usados para el almacenamiento e intercambio en el sector del consumo de productos digitales. Uno de los más conocidos es el Dropbox, que permite sincronizar archivos en línea entre ordenadores, compartirlos con otros usuarios y descargarlos en tabletas, teléfonos u otros dispositivos móviles. También se puede acceder a estos contenidos desde el sitio web de Dropbox mediante un enlace de descarga directa.

D) Nube híbrida. En este último caso, la nube es una composición de dos o más infraestructuras distintas (privadas, comunitarias o públicas) que aunque siguen siendo entidades únicas, están enlazadas por una tecnología estandarizada o propietaria que permite la portabilidad de los datos y las distintas aplicaciones.

4. Problemática jurídica

Las principales implicaciones jurídicas que se derivan el uso del *cloud computing* están principalmente relacionadas con la portabilidad y la protección de datos de carácter personal, la protección de los derechos de propiedad intelectual, la legislación aplicable y ciertos aspectos relacionados con los contratos de prestación de servicios.

En el ámbito de la propiedad intelectual y particularmente de los derechos de autor, los servicios ofrecidos a través de nubes públicas permiten a los usuarios compartir fotografías, videos y material digital protegido sin la autorización de los correspondientes autores, y muchas veces sin el conocimiento por parte de los usuarios que están cometiendo una infracción a estos derechos⁸, lo cual es irrelevante en cuanto a la protección otorgada, como veremos más adelante. El principal problema que se discute en este

⁸ Entre los servicios más usados por los consumidores en la nube, destacan Flickr, Picasa, YouTube y Facebook, que permiten a los usuarios compartir fotografías y videos con sus amistades. Yahoo!, Microsoft y Google cuentan con cientos de millones de usuarios de correo electrónico. Dropbox y Box.com permiten que los usuarios almacenen y compartan archivos. iCloud de Apple incluye todas estas características, además de un servicio de archivo musical al que los usuarios pueden acceder desde cualquiera de sus dispositivos. Sitios como Picasa y Flickr para compartir fotografías existen desde hace tiempo y son muy populares. Innovaciones más recientes en el mundo incluyen el Spotify, para reproducir y compartir música, y Netflix para obras audiovisuales. Estos servicios abrieron el acceso inmediato de los consumidores a grandes colecciones de recursos musicales y cinematográficos. Sobre la repercusión de los servicios de nube pública en el ámbito del consumidor. Vid. PARLAMENTO EUROPEO. "Estudio Computación en Nube", *op. cit.* pp. 22-23.

entorno está relacionado con la determinación de la responsabilidad de los proveedores de servicios, debido a la dificultad de identificar a los usuarios, quienes finalmente son los infractores primarios. Sin embargo esta situación no es nueva, aunque los tribunales ya se han enfrentado a problemas de este tipo derivados del intercambio de archivos en las redes P2P, tal como indicamos en la parte introductoria de este trabajo, el desarrollo de una nueva tecnología y la presencia de un sujeto que pone a disposición del público un sistema que permite la vulneración de los derechos de autor plantea nuevamente el dilema sobre la aplicación de la legislación en estos casos y el conflicto entre la protección del acceso a la cultura y el desarrollo tecnológico, lo cual ya ha sido resuelto por la jurisprudencia estadounidense.

Siguiendo el objetivo principal de este trabajo, en esta oportunidad nos dedicamos al estudio de las implicaciones jurídicas de los servicios *decloud computing* cuando se produce una vulneración de los derechos sobre obras protegidas por la propiedad intelectual, con el fin de determinar el tipo de responsabilidad que debe atribuirse a los proveedores de estos servicios y analizar la forma en que han sido tratados estos problemas bajo la óptica de la legislación y la jurisprudencia en EUA.

II. LA RESPONSABILIDAD DE LOS SUJETOS QUE FACILITAN MEDIOS TECNOLÓGICOS QUE PERMITEN LA VULNERACIÓN DEL *COPYRIGHT*

Es un hecho por todos conocido que el desarrollo tecnológico ha influido decisivamente en la protección del *copyright* de diferentes maneras. Uno de los casos más renombrados relacionados con este asunto es *Sony Corp. of America v. Universal City Studio*, también conocido como el “caso Betamax”. Esta fue la primera vez que la Corte Suprema de los Estados Unidos analizó la responsabilidad de una empresa que introdujo una nueva tecnología que facilitaba la vulneración de los derechos de autor.

En este caso, la Corte determinó que aunque algunos consumidores utilizaban esta tecnología con fines ilícitos, al grabar y comercializar obras protegidas por el *copyright*; otros lo que hacían era aprovechar sus funcionalidades para “mover el tiempo” (*time shifting*) de la programación televisiva, y poder ver sus programas favoritos en otro momento. En atención a este uso, la grabación personal fue declarada como una exención al *copyright* bajo la doctrina del *fair use* (uso legítimo o permitido). En esta oportunidad,

la Corte declaró que la venta de equipos que permiten realizar copias, al igual que la venta de otros artículos de comercio, no constituye una infracción contributiva (*contributory infringement*), si el producto se puede utilizar ampliamente con fines legítimos significativos. Para llegar a esta conclusión, la Corte solo exige que la tecnología permita usos no infractores sustanciales.⁹

La doctrina Sony se basa en el *fair use* del material protegido por el *copyright* y se considera la decisión más importante para equilibrar los intereses de la industria del derecho de autor con los de los desarrolladores y los usuarios de la tecnología de la información. En este caso, la Corte Suprema adoptó una solución que sopesaba el valor y la legitimidad de la nueva tecnología contra el posible daño a los intereses de los titulares de derechos de autor¹⁰. Bajo esta doctrina, en un reclamo de infracción del derecho de autor por *contributory infringement* basta demostrar que la tecnología puede usarse con una finalidad lícita¹¹.

Hoy en día, la doctrina Sony se utiliza para hacer frente a la responsabilidad de los ISP, a fin de determinar la posible responsabilidad por las infracciones de derechos de autor cometidas por los usuarios de tecnologías como P2P.

III. LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET

El principal problema que genera la protección de la propiedad intelectual siempre ha sido el establecimiento de un equilibrio adecuado entre la protección de los derechos que corresponden al autor y el acceso a la cultura.¹²

⁹ El texto original en inglés es del siguiente tenor: “...the sale of copying equipment, like the sale of the other articles of commerce, does not constitute contributory infringement if the product is widely used for legitimate, unobjectionable purposes. Indeed it need merely be capable of substantial non-infringing uses” (Subrayado nuestro).

¹⁰ LEARY, Brian. “Safe Harbor Startups: Liability Rulemaking under the DMCA”, *New York University Law Review*, 87, 1135-1171, 2012.

¹¹ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Estudios sobre derechos de autor y derechos afines*. Colección de Propiedad Intelectual, Fundación AISGAE, Madrid, 2007. p. 367.

¹² En relación con este aspecto es importante recordar el contenido del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo ADPIC o TRIPS en inglés), específicamente el artículo 7 que al respecto indica lo siguiente: “la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones”.

Internet es sin duda el medio por excelencia que proporciona el acercamiento de sus usuarios a la cultura a través de los diversos contenidos disponibles en la Red, sin embargo, muchos de ellos están protegidos por la propiedad intelectual y la vulneración a los derechos de autor está a la orden del día, aun sin el conocimiento de los infractores. El acceso gratuito a Internet crea la idea del acceso gratuito a la cultura y a los contenidos digitales en general, sin tomar en cuenta la protección de los derechos de los autores. Actualmente, los sistemas de comunicación P2P, las redes sociales, los servicios de *cloud computing* y otras aplicaciones informáticas permiten reproducir, compartir y almacenar la información, facilitando aún más la vulneración a los derechos de propiedad intelectual en este ámbito.

1. Los tratados de la OMPI

A los efectos de establecer las reglas para lograr el balance entre la protección de los autores y el derecho al acceso a la cultura a través de Internet, durante los años 90 la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) estuvo trabajando en la elaboración de dos tratados con la finalidad de garantizar la adecuada protección de los derechos de autor en la Sociedad de la Información. Estos tratados fueron finalmente aprobados en 1996, con el propósito de actualizar los tratados internacionales previos sobre derechos de autor a la era digital y proporcionar la protección adecuada a los titulares de derechos de autor derivados de los avances de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, hablamos de los conocidos “Tratados de Internet”: el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA en sus siglas en español) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF).

El contenido de estos tratados fue incorporado en el ordenamiento jurídico de los países que forman parte de la Unión Europea, en los Estados Unidos así como en los diversos países de la comunidad internacional por conducto de instrumentos normativos de diferente naturaleza. En el caso Europa, la adopción de los principios sobre la protección de la propiedad intelectual en Internet reflejados en los tratados de la OMPI se llevó a cabo mediante la aprobación 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 derechos de autor en la Sociedad de la Información (actualmente en proceso de revisión a efectos de

adaptar su contenido a los nuevos desarrollos tecnológicos)¹³, cuyo texto ha sido incorporado a la legislación interna de los distintos países miembros de la UE. En EUA, fue la *Digital Millennium Copyright Act (DMCA)*, sancionada por el Congreso durante el año 2000, la norma jurídica que se encargó de incorporar los principios de los Tratados de Internet a la legislación de este país. Siguiendo los objetivos del presente trabajo, nos centraremos en el estudio de ésta última.

En el ámbito que nos ocupa, cabe resaltar el artículo 10 del TODA que indica que las partes contratantes podrán prever en sus legislaciones limitaciones o excepciones a los derechos de los autores en casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra, ni causen perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor¹⁴. Esta disposición incorpora la regla de los “tres pasos” que exige el cumplimiento de los siguientes requisitos para que la exoneración proceda: 1) que se trate de supuestos excepcionales (interpretados en forma restrictiva); 2) que no atenten contra la explotación moral de la obra; y 3) que no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del autor. Estas excepciones tienen que ver con los denominados usos honrados previstos en el Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas.

2. La protección del *copyright* en los Estados Unidos. La *Digital Millenium Copyright Act*

En EUA, el *copyright* está protegido por la *Copyright Act* de 1976, incluida en el Título 17 del *U.S. Code*. Como indicamos anteriormente, la DMCA fue aprobada con la finalidad de incluir los principios de los Tratados de Internet de la OMPI para lo cual fue necesario enmendar la *Copyright Act*, proceso que se llevó a cabo mediante la incorporación de las normas de la DMCA al referido texto legal.

La atribución de responsabilidad a las personas que facilitan el uso de una tecnología está sujeta a lo dispuesto en los mencionados instrumentos jurídicos. En lo que se refiere a los ISP, tanto la DMCA como la Directiva

¹³ En el marco de la estrategia de la UE para la creación de un mercado único digital, durante el año 2016 fue publicada en el Diario Oficial la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el derecho de autor en el mercado único digital. Disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-593-ES-F1-1.PDF> (Consulta: 03 de marzo de 2017).

¹⁴ Artículo 13 del APDIC permite a los Estados “...establecer las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.”

europea, siguiendo los lineamientos de los Tratados de Internet, establecen las condiciones para determinar la responsabilidad correspondiente. En la prestación de este tipo de servicios, las exoneraciones de responsabilidad se basan principalmente en la función (la actividad) que desarrolla el ISP.

IV. LAS LIMITACIONES Y LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS EN INTERNET

La DMCA se refiere en general a los ISP como sujetos que ofrecen transmisión, enrutamiento o provisión de conexiones para comunicaciones digitales en línea. En cuanto a las limitaciones y exenciones que amparan a este tipo de prestadores de servicios en el ámbito del *copyright* destaca la introducción de los principios de *safe harbor*, que permiten proteger a los ISP de la responsabilidad por la infracción de derechos de autor basada en ciertas prácticas comunes de la industria. Con el establecimiento de los principios de *safe harbor*, la DMCA busca equilibrar el interés de los titulares del *copyright* y los proveedores de servicios en línea promoviendo la cooperación, minimizando la infracción de los derechos de autor y proporcionando un mayor grado de certeza a los proveedores de servicios sobre la cuestión de la infracción de derechos de autor¹⁵.

En el sistema del *copyright* también es necesario tener en cuenta el uso legítimo de la obra, que se refiere a aquél que es permitido sin el consentimiento del autor. La DMCA establece las reglas de defensa del denominado *fair use*, aplicables por extensión a los ISP, en el entendido que si los usuarios de una determinada tecnología están amparados por una excepción de este tipo no puede exigirse responsabilidad al ISP, al no existir una responsabilidad primaria. Estas exenciones se relacionan principalmente con el uso lícito de obras protegidas por derechos de autor, para lo cual se deben tomar en cuenta los propósitos y el carácter del uso, como veremos más adelante.

Los tribunales estadounidenses en diversas oportunidades han considerado el *safe harbor* y el *fair use* para determinar la responsabilidad que corresponde al ISP por las supuestas infracciones a los derechos de autor cometidas por los usuarios de sus servicios. La incorporación de estos

¹⁵ Vid. En el caso *Capitol Records, Inc. v. , LLC*, que examinaremos más adelante, se pone de manifiesto este propósito, al indicar lo siguiente: “*The DMCA seeks to balance the interests of copyright owners and online service providers by promoting cooperation, minimizing copyright infringement, and providing a higher degree of certainty to service providers on the question of copyright infringement*” Vid. *Capitol Records, Inc. v. LLC* Exp. No. 07-9931 (S.D.N.Y. Agos 13, 2009), disponible en <https://casetext.com/case/capitol-records-inc-v-mp3tunes-3> (Consulta: 20 de enero de 2017).

principios en la DMCA responde a las previsiones del artículo 10 del TODA, que dispone que la legislaciones nacionales podrán establecer limitaciones o excepciones en ciertos casos especiales, siempre que no atenten contra la explotación normal de la obra, ni causen perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

1. Reglas para determinar la responsabilidad por las infracciones al *copyright*

Los ISP pueden ser de la más variada índole, como ya indicamos se trata de quienes facilitan el acceso y conexión a la red, entre otros servicios. La Directiva europea los define en forma amplia como cualquier persona física o jurídica que suministra un servicio en la Sociedad de la Información. A efectos de nuestro estudio nos interesa la figura del proveedor de servicios de *cloud computing* que pone a disposición una plataforma que permite almacenar información digital a discreción de los usuarios del servicio y que puede compartirse fácilmente con los demás usuarios.

Aunque no existe discusión acerca del hecho que son los usuarios finales de una determinada tecnología los que infringen en forma directa los derechos de autor, también es necesario determinar si existe algún tipo de responsabilidad de los ISP que ponen a disposición la tecnología que permite cometer la infracción. En el ámbito del *copyright*, esta responsabilidad se determina a través de la doctrina de la responsabilidad secundaria y la aplicación de los principios de *safe harbor* y el *fair use*.

Bajo los principios del sistema jurídico estadounidense, provenientes en su mayor parte de la jurisprudencia, existen tres tipos de responsabilidad del ISP: directa (*direct copyright infringement*), contributiva (*contributory copyright infringement*) y vicaria o delegada (*vicarious copyright infringement*). La primera corresponde a quien reproduce, distribuye o comunica una obra protegida sin la previa y expresa autorización de su autor o titular del derecho, que es considerado el responsable directo de tal infracción. La contributiva se refiere al comportamiento de una persona que con conocimiento, induce o contribuye a la producción de una infracción directa de los derechos de autor por parte de otra persona, mientras que la vicaria tiene lugar cuando existe la posibilidad de control o supervisión de una persona, que a su vez se beneficia económicamente de la infracción¹⁶.

¹⁶ Vid. DE FREITAS STRAUMANN, Eduardo. "Experiencia en los Estados Unidos de América: *Digital Millennium & Copyright Act*", XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Países de América Latina: "El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital", noviembre 2005 (OMPI-SGAE/DA/ASU/05/6).

Si bien es cierto que en la mayoría de los casos solo se puede imputar infracción directa a los usuarios, el ISP también puede ser responsable cuando el proveedor tiene conocimiento del alojamiento del material protegido. En 1993, mucho antes de la incorporación de los principios de la DMCA a la legislación de *copyright*, la Corte de Distrito de Florida, en *Playboy Enterprises vs. George Frena*¹⁷, determinó la responsabilidad un proveedor de servicios alojamiento como una infracción directa derivada del uso de unas de fotografías sin autorización de su autor, al considerar que dicho proveedor sabía que se estaban difundiendo. En relación con este aspecto también es importante citar la decisión de 21 de noviembre de 1995, de la Corte del Distrito Norte de California, también previa a la DMCA, en el caso *Religious Technology Center vs. Netcom*¹⁸, al indicar que la legislación no impide la imposición de responsabilidad por infracción del derecho de autor sobre ciertas personas que no se han dedicado ellos mismos a la actividad infractora. La responsabilidad por la participación en la infracción se establecerá cuando el demandado con conocimiento de la actividad infractora induce, causa o contribuye materialmente a la conducta infractora de otros.

Como bien puede observarse, el conocimiento de la actividad infractora es fundamental a la hora de determinar la responsabilidad del ISP en estos casos y se trata de una situación que los jueces habían considerado previamente a la aprobación de la DMCA.

2. La doctrina de la responsabilidad secundaria: *vicarious liability* y *contributory infringement*

Antes de abordar la responsabilidad de los ISP por infracción a los derechos de autor, es importante insistir que al hablar de la responsabilidad de los terceros, aunque pueda ser catalogada como una responsabilidad directa como sucedió en el caso anteriormente citado, siempre será una responsabilidad secundaria, ya que para que proceda necesariamente tiene que haber una responsabilidad primaria, en este caso, los responsables principales son los usuarios (tanto el que pone a disposición el archivo como el que lo descarga, independientemente del conocimiento de la infracción).¹⁹

¹⁷ *Playboy Enterprises, Inc., Plaintiff, v. George Frena, d/b/a Techs Warehouse BBS Systems and Consulting, and Mark Dyess*, 839 F. Supp. 1552 No. 93-489-Civ-J-20 Disponible en http://www.loundy.com/CASES/Playboy_v_Frena.html (Consulta: 25 de enero de 2017).

¹⁸ *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Com.*, 923 F. Supp. 1231 (N.D. Cal. 1995) Disponible en <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/923/1231/1946287> (Consulta: 25 de febrero de 2017)

¹⁹ Tal como ha establecido la jurisprudencia no se necesita la intención de infringir para determinar que hay infracción a los derechos de autor, por lo tanto, un infractor inocente es culpable por la infracción. (Decisión de la Corte de Distrito de Florida en el caso *Playboy*, citada por ANTEQUERA PARILLI, R. *Estudios sobre derecho de autor...*, op. cit., p. 363.

Aunque son los usuarios quienes tienen la responsabilidad principal por subir a la Red y hacer disponibles al público obras protegidas por derechos de autor sin la correspondiente autorización, debido a la configuración de la red y principalmente a la privacidad de los usuarios, es muy difícil identificar a la persona o personas principalmente responsables, de ahí que en la mayoría de los casos se demande la responsabilidad de los ISP.

En EUA existen dos doctrinas diferentes sobre la responsabilidad secundaria aplicables a los ISP por las vulneraciones que se producen en el ámbito del *copyright* conocidas como *vicarious liability* y *contributory infringement*.

La responsabilidad vicaria (*vicarious liability*) en general se refiere a la responsabilidad por las actuaciones de otra persona, tal como sucede con los empleadores por la actuación de sus empleados o de los padres o tutores por las personas a su cargo (responsabilidad por hecho ajeno). Este tipo de responsabilidad ha sido ampliamente desarrollada en la jurisprudencia estadounidense en relación con la protección de los derechos de autor. En el caso de los ISP, es aplicable cuando el proveedor tiene la capacidad de controlar a los usuarios y obtiene beneficio financiero al permitir la utilización de obras protegidas por derechos de autor sin la autorización correspondiente. La DMCA establece las condiciones para eximir a la persona que suministra servicios de alojamiento a terceros, quien básicamente debe demostrar que no tenía conocimiento del contenido fraudulento y que la actividad no representa ningún beneficio económico para el ISP. La mayoría de los litigios relativos a la responsabilidad vicaria contra los intermediarios de Internet están relacionados con acciones contra desarrolladores de software P2P y otras tecnologías que permiten el intercambio de archivos en formato digital.

La segunda doctrina se refiere a la institución denominada como *contributory infringement* (responsabilidad o infracción contributiva) y como su nombre lo indica, se produce cuando una parte, con conocimiento de la actividad infractora, induce, causa o materialmente contribuye a la conducta infractora de otra (siguiendo el texto de la sentencia del caso *Religious Technology Center vs. Netcom*). Esta situación es diferente a la anterior, ya que parte del conocimiento del ISP de un uso perjudicial a los derechos de los autores de los contenidos que se transmiten y exige una conducta activa que cause, induzca o contribuya a la infracción. Esto explica porqué la sentencia mencionada se refiere a una responsabilidad directa. La infracción contributiva

también ha sido considerada por los tribunales estadounidenses en otros casos que involucran la actuación de los ISP. En la sentencia contra Napster, empresa pionera en popularizar las redes P2P y facilitar el intercambio de obras protegidas en formato digital, el ISP fue declarado culpable por *contributory infringement* al determinar que Napster había contribuido sustancialmente a la infracción proporcionando los servicios de apoyo que permitían a los usuarios encontrar y descargar música de manera ilegal²⁰.

3. Los principios de *safe harbor*

La principal innovación de la DMCA en el ámbito de los derechos de autor se concreta en la regulación de la responsabilidad de los ISP. La sección 512 se refiere a las limitaciones de responsabilidad relacionadas con material en línea y establece los principios del *safe harbor* como una exención a la responsabilidad de los ISP.

Para establecer estas exenciones, la sección 512 diferencia entre cuatro clases de actividades de los ISP: (1) la transmisión transitoria de comunicaciones; (2) la memoria “caché”, (3) el almacenamiento de información en sistemas o redes a discreción de los usuarios y (4) las referencias de enlaces que puedan conducir a los usuarios a material infractor.

Cada una de estas cuatro actividades que se configura como un *safe harbor*, constituye una limitación a la responsabilidad de los ISP por la infracción a los derechos de autor. Si un ISP puede alegar en su defensa una de las situaciones previstas, puede eximirse de responsabilidad, ya que de acuerdo con las previsiones de esta sección, las situaciones vinculadas a los denominados *safe harbor* no determinan la responsabilidad de los proveedores de servicios en línea.

²⁰ La responsabilidad contributiva fue alegada en la demanda contra Napster, si bien en este caso los demandantes admitieron que Napster no violaba en forma directa los derechos de autor de las obras que los usuarios compartían, si facilitaba la distribución del programa que contribuían a la violación. Sobre el caso y funcionamiento de Napster y otros sistemas P2P vid. GAMBOA, Rafael. “La nueva amenaza a la propiedad intelectual en la Red”, en *Derecho de Internet y Telecomunicaciones*, Legis, Bogotá, noviembre 2003, pp. 495 y ss.

Para una explicación más detallada acerca del funcionamiento de estos sistemas y una visión del Derecho y la jurisprudencia europea y española en las redes P2P, vid. LASTIRI SANTIAGO M, Mónica. “La propiedad intelectual y las redes “peer to peer.” Estado actual” en *Comercio electrónico: estructura operativa y jurídica*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2010, pp. 930-973.

En cuanto a la responsabilidad de los proveedores de alojamiento de contenidos suministrados por terceros, para que queden exentos de responsabilidad por las violaciones a los derechos de autor no deben tener conocimiento de que el contenido o la actividad relacionada con éste, configuran una infracción, ni ser consientes de hechos o circunstancias que revelen una actividad infractora. En los casos en que el ISP tiene el derecho a controlar la mencionada actividad, tampoco deben percibir un beneficio económico derivado de tal conducta. Cuando el ISP tiene conocimiento de una actividad de este tipo, debe proceder a retirar el material infractor.

El tercer supuesto de *safe harbor* previsto en la DMCA se refiere a la información que reside en sistemas o redes a discreción de los usuarios, por lo tanto es aplicable a los servicios en la nube, así lo ha determinado la jurisprudencia en EUA²¹. En líneas generales, el primer apartado (c) de la sección 512 establece que los ISP no serán responsables por las actividades de los usuarios que consistan en almacenamiento de material que resida en un sistema o red controlada o operada por el proveedor de servicios, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

1. Que el ISP no tenga conocimiento real ni fáctico de que el material alojado en el sistema o la red está infringiendo los derechos de autor, y que tan pronto lo tenga, actúe con rapidez para eliminar o inhabilitar el acceso al material;

2. Que el ISP no reciba un beneficio financiero directamente atribuible a la actividad infractora (en caso que el prestador de servicios tenga el derecho y la capacidad de controlar dicha actividad).

3. Tan pronto como reciba la notificación sobre la infracción, responda rápidamente para remover o inhabilitar el acceso al material que se alega estar infringiendo. Esto es lo que se conoce como el Derecho estadounidense como *notice and takedown*. (La acción de retiro del material después de una notificación).

Un ISP puede beneficiarse de los principios de *safe harbor* solo cuando cumple con las condiciones establecidas en la sección 512 (i), en las que resalta el deber de adoptar, implementar e informar a los suscriptores y titulares de la cuentas del sistema o red de una política que prevé la terminación,

²¹ Vid. Caso *Capitol Records, Inc. v., LLC*, citado en la nota 15.

en circunstancias apropiadas, de estas cuentas a quienes sean infractores reincidentes y únicamente cuando el ISP ha designado un agente para recibir las notificaciones sobre la infracción reclamada. Esta se considera la forma más efectiva establecida en la DMCA para proteger a los titulares de los derechos de autor. Originalmente, las notificaciones sobre la designación de estos agentes se realizaban a través de una comunicación escrita que debía presentarse en la oficina competente para tramitar estos asuntos (*Copyright Office*). En diciembre de 2016, este procedimiento fue sustituido por un sistema registro en línea y un directorio electrónico²².

Para que el *notice and take down* proceda, la DMCA se refiere a la identificación del material que es objeto de la actividad infractora y que debe ser removido o cuyo acceso debe ser inhabilitado, por lo tanto, la notificación debe contener la información razonablemente suficiente para permitir al ISP localizar el material y proceder a su retiro o bloquear su acceso.

Cuando el ISP recibe una notificación de infracción de derechos de autor, surge la obligación eliminar o deshabilitar el acceso a dicho material. Esta obligación ofrece a los titulares de derechos de autor un recurso adecuado para casos individuales de infracción, pero debido a que los titulares de los derechos tienen la carga de supervisar la actividad de los usuarios por infracción, los avisos de eliminación solo son eficaces cuando la actividad del usuario es pública²³.

4. La doctrina del *fair use*

El uso legítimo también se ha utilizado para determinar las infracciones de los derechos de autor en el entorno digital; recordemos que se trata de una excepción y que los usuarios solo pueden compartir material protegido sin el consentimiento del autor cuando se trata de un uso lícito, conocido como la doctrina del *fair use*.

Aunque el *fair use* (uso leal, legítimo o justo) se asimila a la doctrina de los usos honrados (la libre utilización de la obra en forma lícita), prevista originalmente en el Convenio de Berna y seguida muy de cerca por los países de tradición latina, es necesario tener en cuenta la diferencia entre estas dos instituciones jurídicas.

²² Disponible en <https://www.copyright.gov/dmca-directory/>

²³ LEARY, Brian. "Safe Harbor Startups:.. *op. cit.*

.El *fair use*, previsto en la sección 507 de la *Copyright Act* es una doctrina propia del derecho estadounidense²⁴, que surgió de la interpretación jurisprudencial en este país como un límite al derecho exclusivo del autor a la reproducción de la obra. Bajo el Convenio de Berna, un uso honrado significa a un uso “normalmente admisible a lo que corrientemente se acepta, a lo que no se opone al sentido común”²⁵. El *fair use*, luego de una larga tradición jurisprudencial fue incorporado en la legislación, y a diferencia del sistema de los usos honrados, deja un amplio margen interpretativo a los jueces para determinar en un caso concreto cuando se cumplen los parámetros legales establecidos para que proceda la excepción²⁶. Esto explica porqué un determinado uso en los países de tradición latina no podría ser considerado como un uso honrado, ya sea por no estar determinado en forma específica en la ley, o por la interpretación restringida de los supuestos legales, mientras que sí podría considerarse como un uso lícito en EUA bajo los principios del *fair use*, según la interpretación del juez en el caso concreto²⁷.

El *fair use* de una obra protegida por derechos de autor se basa en el propósito y el carácter del uso e incluye el uso por reproducción en copias o fonogramas para propósitos tales como críticas, comentarios, reportajes, enseñanza (incluyendo múltiples copias para su uso en el aula) o la investigación.

De acuerdo con las previsiones de esta sección, se deben considerar los siguientes factores para determinar el *fair use*: 1) el propósito y el carácter del uso; 2) la naturaleza de la obra protegida; 3) la cantidad y sustancia de la parte utilizada en relación con el todo; y 4) el efecto del uso sobre el

²⁴ El *fair use* es vital en la protección del *copyright* en los Estados Unidos. Su importancia y su consideración en casos como los que nos ocupan es tal, que el sitio web oficial del *copyright* del gobierno de este país ofrece un índice que contiene los principios y la aplicación para su uso, de manera que sean más accesibles y comprensibles para el público. La base de datos incorpora diversas opiniones de los tribunales, incluyendo la categoría y el tipo de uso (música, contenidos en Internet, digitalización, parodia). Vid. <https://www.copyright.gov/fair-use/> (Consulta: 25 de febrero de 2017).

²⁵ El Convenio de Berna utiliza en dos ocasiones la expresión “usos honrados”, una para referirse a las condiciones bajo las cuales es lícita la cita de obras protegidas (art. 10,1); y otra para determinar los requisitos bajo los cuales las legislaciones nacionales pueden permitir el uso de libre de dichas obras con fines de ilustración para la enseñanza (art. 10,2), pero en ninguno de los casos define a dicha expresión, ni precisa su alcance. La Guía del Convenio de Berna de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), al comentar el artículo 10,1, ya mencionado, entiende que con “uso honrado” el Convenio alude a lo que es “normalmente admisible, a lo que corrientemente se acepta, a lo que no se opone al sentido común”. Vid. ANTEQUERA PARILLI, R. *Estudios sobre derecho de autor...*, op. cit., p. p. 179.

²⁶ *Ibidem*, p. 114.

²⁷ *Ibidem*, pp.182-183.

mercado potencial o el valor de la obra protegida. Estas cuatro defensas deben considerarse caso por caso para determinar si el uso de material protegido por derechos de autor sin autorización es justo de acuerdo con lo establecido en la ley. En EUA diferentes tribunales han aplicado el *fair use* en relación con la responsabilidad de los ISP por infracciones a los derechos de autor y es considerado como una doctrina flexible, que ha evolucionado con el desarrollo tecnológico; de hecho ya ha sido aplicada en casos que involucran el uso de material protegido en la nube.

El *fair use* como una exención a los derechos de autor se extiende a la responsabilidad del ISP. Si el usuario está usando material protegido por derechos de autor bajo cualquiera de los factores que se consideran uso justo, el ISP no puede asumir responsabilidad. El *fair use* funciona en la periferia de la aplicación de derechos de autor en la nube, ya que es una excepción al acto principal de infracción y no una defensa separada contra las reclamaciones secundarias por infracción de responsabilidad²⁸.

V. EL INTERCAMBIO DE OBRAS PROTEGIDAS EN INTERNET

Como hemos indicado, antes del desarrollo de los servicios de *cloud computing*, los casos más importantes relacionados con la responsabilidad secundaria del ISP estaban vinculados al intercambio y distribución de archivos mediante el uso de las redes P2P y los sistemas centrales de distribución como Napster.

El uso generalizado de computadoras e Internet ha reducido el costo de distribución de medios de entretenimiento y ha aumentado el acceso al canal de distribución de contenido. P2P permite a los usuarios acceder, descargar y compartir obras protegidas por derechos de autor (libros, música, películas) sin el consentimiento del autor.

La tecnología P2P se hizo popular en 1999 con la introducción de Napster, una aplicación central que permitía a los usuarios compartir archivos. Napster fue demandado por infracción a los derechos de autor, y el tribunal determinó que la corporación era responsable por infracción contributiva y responsabilidad vicaria. Siguiendo la doctrina de la responsabilidad contributiva, en el caso Napster se determinó que si el operador de un sistema tiene conocimiento del material o la actividad infractora, contribuye a la infracción.

²⁸ LEARY, Brian. "Safe Harbor Startups:.. *op. cit.*

Los sistemas P2P y el intercambio de archivos han evolucionado notablemente desde la introducción de Napster, los modelos descentralizados e híbridos han reemplazado a tecnologías centralizadas como Napster²⁹. En la actualidad el avance tecnológico supone un cambio en el *modus operandi* de la actividad, es por ello que al momento de la aparición de una nueva tecnología, como es el caso de la nube, es necesario revisar la actuación de los usuarios y la participación de los ISP para determinar la responsabilidad correspondiente, en relación con estos últimos es importante considerar que el propio concepto de la nube del NSTI, reproducido anteriormente, indica que la interacción del proveedor es mínima.

El intercambio de archivos digitales no es una tecnología ilegal. De acuerdo con la doctrina Sony en el caso Betamax, esta tecnología puede utilizarse para fines legales porque permite usos lícitos. Sin embargo, es un hecho que la mayoría de los usuarios de P2P distribuyen materiales con derechos de autor sin la autorización de sus titulares. En *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc v. Grokster*³⁰, el Noveno Circuito afirmó la aplicabilidad de la doctrina Sony para compartir archivos P2P. En este caso, el tribunal determinó que los distribuidores del software P2P *Grokster* y *StreamCast Networks* no podían considerarse como infractores contribuyentes porque, al igual que en la doctrina Sony, sus productos también facilitaban usos lícitos sustanciales de las obras. Sin embargo, esta decisión fue reversada por la Corte Suprema en 2005³¹, al determinar que la doctrina Sony había sido mal aplicada ya que la distribución de obras protegidas en este caso sí vulneraba los derechos de autor debido a que cada copia era idéntica al original, en esta oportunidad se tomó en cuenta la facilidad de realizar la copia, la calidad de la copia (prácticamente equivalente al original) y el hecho que *Grokster* se beneficiaba económicamente al percibir ingresos por la venta de publicidad de acuerdo con el número de usuarios del sistema, considerando procedente la responsabilidad por infracción contributiva, o derivada del hecho de un tercero³².

²⁹ Sobre estos avances, vid. LASTIRI SANTIAGO, M. "La propiedad intelectual y las redes "peer to peer", *op. cit.*

³⁰ Disponible en <http://homepages.law.asu.edu/~dkarjala/cyberlaw/MGMvGrokster9C2004.htm> (Consulta: 25 de febrero de 2017).

³¹ Disponible en <https://www.law.cornell.edu/supct/html/04-480.ZO.html> Para un análisis de esta sentencia. Vid. John, "Analysis of the U.S. Supreme Court's *Grokster* Decision", disponible en <http://www.finnegan.com/resources/articles/articlesdetail.aspx?news=8af93179-9054-4f7080e4-812c40fe61ee>(Consulta: 25 de febrero de 2017).

³² ANTEQUERA PARILLI, R. *Estudios sobre derecho de autor...*, *op. cit.*, p. 369.

VI. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE *CLOUD COMPUTING*. EL CASO *CAPITOL RECORDS, INC. V. MP3TUNES*

Luego de la explicación sobre el funcionamiento y la prestación de servicios en la nube, junto con los casos que se han presentado en la jurisprudencia estadounidense respecto al intercambio de archivos que contienen obras protegidas por el *copyright*, fácilmente se puede deducir no estamos en presencia de un nuevo fenómeno jurídico que involucra la violación de los derechos de autor, mediante la intervención de los usuarios gracias a una tecnología suministrada por un ISP. Hablamos de un problema bastante frecuente y analizado por la doctrina y jurisprudencia a nivel internacional: la responsabilidad del ISP, en este caso del prestador de un servicio específico por las violaciones de los usuarios.

De acuerdo con lo expuesto, podemos decir que la responsabilidad principal por la puesta a disposición de contenido digital infractor, utilizando los servicios de computación en la nube, recae en el usuario, quien, en efecto, pone la obra a disposición de terceros sin autorización de los autores. En los términos expresados anteriormente, solo podría hablarse de responsabilidad secundaria, directa, contributiva o vicaria, del proveedor de servicios de computación en la nube.

Siguiendo la doctrina jurisprudencial sentada primariamente en el caso Sony y seguida por las redes P2P, en combinación con los principios de la DMCA, los tribunales de los EUA han usado los principios de *safe harbor* y *fair use* para hacer frente a las infracciones de los derechos de autor, y determinar la responsabilidad de los proveedores de servicios en el ámbito de la computación en la nube. A efectos ilustrativos queremos finalizar este estudio con un comentario a la sentencia del caso *Capitol Records, Inc. v. MP3tunes, LLC*.

Capitol Records, Inc. v. MP3tunes, LLC, es el primer caso que involucra la determinación de la responsabilidad de los proveedores de servicios de *cloud computing* por infracción de derechos de autor en los EUA. En esta oportunidad, el tribunal discute si los proveedores de servicios de *cloud computing* pueden beneficiarse de la protección de la DMCA.

Durante 2011, EMI Inc. y catorce compañías discográficas y editoras de música reclamaron la violación del *copyright* contra MP3tunes, un sistema

de almacenamiento en la nube que permite a sus usuarios guardar música en un archivo en línea (*online locker*). MP3tunes ofrece un servicio de nube híbrido privado-público en MP3tunes.com, y también es propietario de Sideload.com, un sitio de motor de búsqueda que permite a los usuarios buscar enlaces en Internet, descargar música y subirla a un archivo digital de MP3tunes. Una vez que una canción se añade al archivo en línea, se puede descargar desde el dispositivo de cualquier usuario, lo cual permite utilizar y compartir el material protegido sin el consentimiento del autor.

Siguiendo las previsiones de la DMCA, MP3tunes registró un agente en la oficina del *copyright* para recibir las notificaciones de las supuestas infracciones a los propietarios de estos derechos y proporcionó la información de contacto de este agente en ambos sitios. En septiembre de 2007, MP3 recibió una notificación de EMI, donde se identificaban 350 títulos de canciones y enlaces indexados en Sideload.com que conectaban a los usuarios con sitios que infringían los derechos de autor de EMI. MP3tunes eliminó los enlaces identificados por EMI y cerró las cuentas de los infractores reincidentes que violaban el *copyright* al compartir el contenido de sus *lockers* con otras personas, pero no removió las copias de las canciones de los archivos de los usuarios.

EMI demandó responsabilidad secundaria vicaria o contributiva por infracción al *copyright* contra MP3tunes, alegando que la empresa proporcionaba los medios que permitían a los usuarios finales violar el *copyright* de EMI. También argumentó que MP3tunes no era elegible para protección de la DMCA porque no había implementado una política razonable de infracción, al no permitir la identificación de los usuarios que habían utilizado las obras protegidas indicadas en la notificación de eliminación, y no eliminar de manera expedita las canciones de los archivos de los usuarios que fueron transferidos desde los sitios web identificados en la notificación correspondiente.

La corte determinó que MP3tunes era elegible para las protecciones de DMCA, y trató una cuestión significativa que surgía en la nube con respecto a las reclamaciones de EMI. El tribunal dictaminó que MP3tunes no solo tenía el deber de eliminar los enlaces a los materiales infractores publicados en Sideload.com, sino también la obligación de eliminar las canciones almacenadas en los *lockers* personales de los usuarios que se descargaron de dichos enlaces, por esta razón la corte determinó a MP3Tunes como responsable por *contributory infringement*, ya que aunque había cumplido con uno de los requisitos previstos

para la exoneración de responsabilidad (la política del *notice and takedown*) no removió las canciones y el material fonográfico que infringía el *copyright* con posterioridad a la notificación de esta situación. Este fallo fue observado detenidamente por otras compañías que prestan este mismo servicio (Google, Apple y Amazon). Como afirma la doctrina, esta sentencia ha sido considerada como una victoria para la música administrada desde los sistemas de “nube”, pues establece un determinado ámbito de legalidad al *cloud computing*³³.

En cuanto a la actividad de los usuarios, el tribunal distingue entre infractores flagrantes, que saben que carecen de autorización, y los usuarios que descargan contenido para su entretenimiento personal y lo usan para fines permitidos por la ley. Los infractores flagrantes son aquellos que cargan contenido y permiten que otros copien el trabajo. En este caso, MP3tunes cerró las cuentas de infractores reincidentes que violaron el *copyright* al compartir el contenido de sus *lockers* con otros usuarios. La distinción que realiza el juzgador es importante en relación con la doctrina del *fair use*, ya que ésta puede proteger a un usuario que copia una canción usando los servicios de la nube (la grabación personal o copia privada en el caso Sony), pero el *fair use* no excusa a quien usa estos servicios para compartir material protegido³⁴.

A pesar de que el tribunal determinó que el proveedor de servicios en la nube tenía derecho a la protección de la DMCA y la aplicación de la doctrina del *safe harbor*, pueden surgir algunos problemas cuando los servicios en la nube son privados debido la dificultad para que los titulares de los derechos de autor puedan detectar la infracción de los derechos de autor y la ineficacia de los avisos de eliminación. Debido a su naturaleza privada, es casi imposible para detectar una infracción en los servicios de nubes privadas, y los proveedores rara vez reciben notificaciones de eliminación. La decisión sobre MP3tunes no se extiende al intercambio de obras protegidas en nubes privadas sin un servicio como Sideload porque el *take and down noticeno* tienen ningún efecto en estos casos³⁵.

³³ ARISTIZABAL VELÁSQUEZ, David. “Luces y sombras de las nuevas tendencias de la regulación de contenidos informáticos en los Estados Unidos de Norteamérica”, *Revista CES DERECHO*, Vol. 3 número 1 enero-junio 2012 p. 75.

³⁴ LEARY, Brian: “Safe Harbor Startups:.. *op. cit.*”

³⁵ *Idem.*

CONCLUSIONES

El *safe harbor* y el *fair use* son doctrinas esenciales en la legislación sobre *copyright* y han sido tomadas en cuenta en numerosos casos en los que se discute la responsabilidad de los ISP por la transmisión de obras digitales sin la correspondiente autorización de los autores.

Aunque el tercer supuesto de *safe harbor* es aplicable a los servicios de *cloud computing* para poder beneficiarse de la exención de responsabilidad, el ISP debe implementar una política efectiva de notificación y retiro del material infractor (*notice and takedown*) y cumplir con la obligación de retirar el material o bloquear el acceso una vez que tiene conocimiento de la actividad infractora. Si el proveedor de servicios cumple con estos requisitos, califica para la protección y es inmune a los daños y perjuicios causados por los usuarios.

Los usuarios pueden acceder y utilizar material protegido por derechos de autor sin el consentimiento del autor bajo principios de *fair use*. Aunque esta doctrina puede proteger a un usuario que copia usando los servicios que ofrece la nube, es importante tener presente que el uso justo no excusa a un usuario que utiliza un servicio en la nube para compartir material protegido por la propiedad intelectual.

Respecto a la adecuación de la DMCA para resolver las cuestiones de derechos de autor derivadas del *cloud computing*, se observa que en el caso *Capitol Records vs. MP3tunes*, a pesar de las pretensiones de la parte demandante, el tribunal determinó que el proveedor de servicios *cloud computing* sí era elegible para la DMCA porque había cumplido los requisitos para beneficiarse de esta exención, al poner en práctica una política eficaz de *notice and takedown*.

La naturaleza de determinados servicios, como las nubes privadas, representa un nuevo reto en la protección jurídica de los derechos de autor en este ámbito ya que puede incrementar la masificación en el uso de copias privadas, sin embargo no debe olvidarse que la copia privada también constituye una excepción al derecho de autor que permite el uso privado sin el consentimiento del autor. También debemos tener presentes las conclusiones del caso Sony respecto a la aplicación del *fair use* en la grabación personal. No obstante estas circunstancias, la determinación de la infracción dependería de los hechos concretos y la problemática en este tipo de servicio se deriva

precisamente de la dificultad de detectar estos hechos y valorar si el uso privado corresponde a una de las excepciones permitidas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Estudios sobre derechos de autor y derechos afines*. Colección de Propiedad Intelectual, Fundación AISGAE, Madrid, 2007.
- ARISTIZABAL VELÁSQUEZ, David. "Luces y sombras de las nuevas tendencias de la regulación de contenidos informáticos en los Estados Unidos de Norteamérica", *Revista CES DERECHO*, Vol. 3 número 1 enero-junio 2012.
- *Capitol Records, Inc. v. LLC* Exp. No. 07-9931 (S.D.N.Y. Agos 13, 2009), disponible en <https://casetext.com/case/capitol-records-inc-v-mp3tunes-3> (Consulta: 20 de enero de 2017).
- DE FREITAS STRAUMANN, Eduardo. "Experiencia en los Estados Unidos de América: *Digital Millennium & Copyright Act*", XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Países de América Latina: "El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital", noviembre 2005 (OMPI-SGAE/DA/ASU/05/6).
- GAMBOA, Rafael. "La nueva amenaza a la propiedad intelectual en la Red", en *Derecho de Internet y Telecomunicaciones*, Legis, Bogotá, noviembre 2003.
- JOHN. "Analysis of the U.S. Supreme Court's *Grokster* Decision", disponible en <http://www.finnegan.com/resources/articles/articlesdetail.aspx?news=8af93179-9054-4f7080e4-812c40fe61ee>(Consulta: 25 de febrero de 2017).
- LASTIRI SANTIAGO M, Mónica. "La propiedad intelectual y las redes *"peer to peer."* Estado actual" en *Comercio electrónico: estructura operativa y jurídica*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2010, pp. 930-973. <https://www.copyright.gov/fair-use/> (Consulta: 25 de febrero de 2017).
- LEARY, Brian. "Safe Harbor Startups: Liability Rulemaking under the DMCA", *New York University Law Review*, 87, 1135-1171, 2012.
- NATIONAL INSTITUTE OF STANDARD AND TECHNOLOGIES. *The NIST Definition of Cloud Computing*. Special Publication 800-145. Disponible en <http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-145/SP800-145.pdf> (Consulta 03 de enero de 2017).
- PARLAMENTO EUROPEO. Dirección General de Políticas Interiores Departamento Temático A: Política Económica y Científica "Estudio sobre Computación en Nube", 2012. Disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2012/475104/IPOL-IMCO_ET\(2012\)475104_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2012/475104/IPOL-IMCO_ET(2012)475104_ES.pdf)= (Consulta: 28 de febrero de 2017).
- *Playboy Enterprises, Inc., Plaintiff, v. George Frena, d/b/a Techs Warehouse BBS Systems and Consulting, and Mark Dyess*, 839 F. Supp. 1552 No. 93-489-Civ-J-20 Disponible en http://www.louandy.com/CASES/Playboy_v_Frena.html (Consulta: 25 de enero de 2017).
- PRICE, M. "Pinning Down the Cloud", *Wall Street Journal*, 14 de febrero de 2011 en <http://online.wsj.com/article/SB10001424052748704739504576067461795827534.html>; y Wyld, D. C.: *Cloud Computing: Is it the Fifth Utility?*, 2009, disponible en <http://computersight.com/computers/cloud-computing-is-it-the-fifth-utility/>.
- *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Com.*, 923 F. Supp. 1231 (N.D. Cal. 1995) Disponible en <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/923/1231/1946287> (Consulta: 25 de febrero de 2017).
- RUIZ, Francisco. "La transformación digital. Todo está en la nube", disponible en <http://blog.dataprius.com/index.php/2017/02/04/la-transformacion-digital-todo-en-la-nube/> (Consulta: 28 de febrero de 2017).

- UE. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el derecho de autor en el mercado único digital. Disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-593-ES-F1-1.PDF> (Consulta: 03 de marzo de 2017).