

Santiago, 20 de noviembre de 2007

**Señor
Presidente de la Comisión de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología
Honorable Senador Mariano Ruiz-Esquide J.
Congreso Nacional
Valparaíso**

Ref.: Remite comentarios de API A.G. al Proyecto de Ley que modifica la Ley N°17.336 sobre Propiedad Intelectual (Boletín N°5.012-03)

La Asociación de Proveedores de Internet (API) A.G. fue constituida en mayo del año 2000 como una asociación gremial, encontrándose inscrita en el Registro de Asociaciones Gremiales del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción con el N°3112. API A.G. cuenta entre sus miembros activos a los principales proveedores de servicios de Internet de Chile, aglutinando una participación de mercado superior al 95%. Dentro de los objetivos principales de API A.G. que se desarrollan en sus estatutos y que son importantes de destacar para los efectos de esta presentación, cabe mencionar:

- i) La promoción de la racionalización, desarrollo, expansión y protección de la industria chilena de los servicios de acceso a Internet y de aquellas actividades que la complementen o sean conexas a ella;
- ii) La colaboración en el desarrollo de la industria de los servicios de acceso a Internet y el fortalecimiento de la libre competencia en el sector de las Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información; y
- iii) La colaboración a los organismos públicos vinculados a la actividad de las Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información en todos los aspectos que corresponda y, en especial, en el estudio de leyes, reglamentos, normas técnicas y demás regulaciones tendientes al desarrollo de la industria.

EL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY N°17.336 (Boletín N°5.012-03)

En primer lugar, API A.G. agradece sinceramente su invitación a la presente sesión, y respetuosamente viene a efectuar los comentarios que este instrumento contiene respecto del Proyecto de Ley (el "Proyecto"), y en especial respecto de las normas sobre limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet ("LRPSI").

1. RESPONSABILIDAD DEL PRESTADOR DE SERVICIOS

1.1 Origen de las Normas Sobre LRPSI / Responsabilidad Secundaria

Origen

Las normas sobre LRPSI no se encuentran reguladas en tratados internacionales como el Convenio de Berna, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio de fecha 15 de abril de 1994, o el Tratado de la OMPI Sobre Derecho de Autor.

Las normas sobre LRPSI remontan su origen a la denominada *Digital Millennium Copyright Act* (“DMCA”), que fuera aprobada en los Estados Unidos de América con fecha 28 de octubre de 1998, con el objetivo de actualizar la *Copyright Act* o ley de derecho de autor, a la realidad digital. Las normas sobre LRPSI de la DMCA tienen por objeto constituir una excepción a la teoría de responsabilidad secundaria, en virtud de la cual los prestadores de servicios de Internet habrían sido encontrados responsables, por la comisión de infracciones directas al derecho de autor y conexos cometidas por terceros, a través de los sistemas o redes de los prestadores de servicios de Internet.

Responsabilidad Secundaria

Desde siempre, en los EE.UU. han existido las teorías de responsabilidad secundaria, en virtud de las cuales se busca establecer la responsabilidad de una persona distinta a la que cometió la infracción, pero que por su particular relación para con el infractor, es que se considera que dicha persona ha podido evitar la comisión de la infracción. En virtud de estas teorías el arrendador de una propiedad o inclusive el arrendador de un *stand* en una feria, ha sido encontrado responsable por la venta de productos que realiza el arrendatario de la propiedad o *stand*, cuando no se han respetado las normas sobre propiedad intelectual y/o industrial.

Las teorías de responsabilidad secundaria son las siguientes: (a) responsabilidad contributiva (*contributory liability*), que es la que existe cuando el demandado tiene conocimiento de la actividad ilícita que esta realizando un tercero y el demandado ha contribuido en forma importante a la realización de la misma; y (b) responsabilidad vicaria (*vicarious liability*), que es la que existe cuando el demandado recibe un beneficio económico de la actividad ilícita cometida por un tercero, y además el demandado tiene el derecho o la capacidad para controlar la actividad del infractor (por ejemplo, mediante la terminación de un contrato de servicios).

Comentarios

La aplicación de las teorías secundarias de responsabilidad a la actividad de los proveedores de servicios de Internet en EE.UU., generó una seguidilla de fallos que

declararon a proveedores de servicios de Internet como responsables respecto de las actividades ilegales conducidas en sus redes y sistemas por terceras personas.

Debido a esa realidad jurídica particular es que en 1998 el Congreso de EE.UU. aprobó la DMCA, y con ella, la limitación de responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet a través de la nueva Sección 512 de la *Copyright Act*, incluyendo un sistema de *Notice & Takedown*.

Posteriormente, EE.UU. ha tratado de exportar dicha normativa a los países con quienes ha celebrado tratados de libre comercio, bajo la premisa que la teoría de responsabilidad secundaria sería de común aplicación en otras legislaciones, lo que no es preciso, sin lugar a dudas en Chile.

Por lo mismo, el punto de partida en el Proyecto debe ser la ausencia de responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet en el ordenamiento jurídico nacional. Se debe tener especial cuidado en que las futuras normas que limiten la responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet no terminen produciendo el efecto contrario, esto es, imponiendo responsabilidad sobre los prestadores de servicios, cuando en Chile dicha responsabilidad secundaria es inexistente.

1.2 Recomendación API A.G. sobre Responsabilidad del Prestador de Servicio

El Proyecto establecía que *“los prestadores de servicios de Internet no serán condenados judicialmente al pago de ningún tipo de indemnización, por infracciones a los derechos de autor y conexos cometidas por terceros a través de sus sistemas o redes, en la medida que los prestadores de servicios de Internet cumplan con las condiciones específicas aplicables en cada caso conforme a la naturaleza del servicio prestado.”*

Posteriormente, el texto que trata la responsabilidad del prestador de servicio fue modificado quedando de la siguiente forma: *“los proveedores de tales servicios no serán obligados a indemnizar el daño, en la medida que cumplan con las condiciones previstas por los artículos siguientes para limitar su responsabilidad.”* Esta nueva redacción parte de la base que los prestadores de servicios son responsables, lo que no es correcto.

Aun más, en la discusión del Proyecto se eliminó el párrafo que señalaba: *“Estas limitaciones de responsabilidad operarán aún cuando por aplicación de las normas generales de responsabilidad civil, los prestadores de servicios referidos en los artículos siguientes pudieren eventualmente ser condenados al pago de algún tipo de indemnización por infracción a los derechos de autor y conexos.”*

Si bien el último párrafo del Artículo 85 L del Proyecto establece: *“Ninguna disposición de este Capítulo podrá ser interpretada como constitutiva de responsabilidad de los prestadores de servicios a que se refieren los artículos siguientes por infracciones a los derechos de autor y conexos cometidas por terceros a través de sus sistemas o redes”*, se

recomienda modificar del inciso primero del Artículo 85 L del Proyecto para evitar interpretaciones contradictorias en materia de responsabilidad de proveedores de servicios de Internet.

En consecuencia, API A.G. recomienda:

Reemplazar inciso primero del Artículo 85 L del Proyecto por el siguiente: *“En el caso de infracciones a los derechos protegidos por esta ley que hayan sido cometidas por terceros a través de sistemas o redes controladas u operadas por personas naturales o jurídicas que presten algunos de los servicios señalados en los artículos siguientes, los proveedores de tales servicios no tendrán responsabilidad alguna, en la medida que cumplan con las condiciones previstas por los artículos siguientes, conforme a la naturaleza del servicio prestado. En estos casos, los prestadores de servicios sólo podrán ser objeto de las medidas prejudiciales y judiciales que se refieren en el artículo 85 R.”*

Reincorporar al Proyecto el párrafo que señalaba que: *“Estas limitaciones de responsabilidad operarán aún cuando por aplicación de las normas generales de responsabilidad civil, los prestadores de servicios referidos en los artículos siguientes pudieren eventualmente ser condenados al pago de algún tipo de indemnización por infracción a los derechos de autor y conexos.”*

2. SISTEMA DE NOTICE & TAKEDOWN

2.1 Justificación de Sistema de Notice y Takedown Judicial

El Proyecto afortunadamente adapta correctamente el sistema de *Notice & Takedown* establecido en la DMCA a nuestra realidad jurídica. Si bien la legislación norteamericana contempla que en ciertas situaciones no es necesario recurrir a los tribunales de justicia para solicitar de un prestador de servicios la terminación de una cuenta, bajada o bloqueo de información, el Proyecto opta por establecer un sistema de *Notice & Takedown* con la necesaria garantía de una previa evaluación judicial.

El Proyecto opta sabiamente por incluir la garantía de la intervención de la autoridad judicial en el proceso de adopción de medidas que pudieren afectar derechos de terceros, exigiendo en cada solicitud la presentación de una gestión judicial. El intercambio privado de notificaciones es una conducta completamente ajena a la tradición legal de Chile, tal como lo es el famoso *Discovery* americano, en virtud del cual las partes de un juicio se solicitan mutuamente la exhibición de la prueba, sin necesidad de recurrir a un tribunal, mientras la otra parte acceda a las peticiones.

Un sistema de *Notice & Takedown* privado establece una gran carga sobre los proveedores de servicios, ya que obliga a desarrollar departamentos exclusivamente destinados a dar cumplimiento a los avisos que reciben y a encontrar el material infractor. Por otro lado, se sostiene fundadamente que en EE.UU. la libertad de expresión e inclusive en no pocas ocasiones, los propios derechos de autor se han visto afectados, debido a que las obras son

bajadas sin que el autor tenga un derecho oportuno de defensa. Según investigaciones realizadas en EE.UU.¹ en relación a uno de los más importantes proveedores de servicios en Internet: i) más del 55% de los avisos de bajada de información están motivados por un ánimo de bloqueo de la competencia, y muchos de esos avisos carecen de fundamentos reales de protección de derechos de propiedad intelectual; ii) 30% de los avisos de bajada tratan sobre materias que sin lugar a dudas deben ser conocidas previamente por los tribunales de justicia (obras en el dominio público, aplicación de excepciones, etc.). Mas aún, existen múltiples fallos de tribunales que han condenado a personas que han utilizado indebidamente los avisos de bajada, y cuyo actuar ha producido daños irreparables (*Diehl v. Crook*).²

Por ello, de no mediar estos resguardos, posiblemente muchos de estos requerimientos privados lleguen desde el extranjero, lo que dificultará la correcta identificación del requirente y la aplicación de eventuales responsabilidades asociadas con una notificación abusiva o ilegítima.

Por otra parte, el Proyecto no tenía alternativa ya que obligatoriamente debía optar por un sistema de *Notice & Takedown* Judicial, por la aplicación del principio básico que consagra la Constitución Política de la República (“CPR”), que en su Artículo 83 inciso 3° establece que “*las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa.*” Dentro de los derechos que la constitución asegura está el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales y el derecho de autor sobre las creaciones intelectuales y artísticas, comprendiendo el derecho de autor la propiedad de las obras (Art. 19 N°24 y N°25 de la CPR). Por lo mismo, nadie puede ser restringido o perturbado en su derecho de propiedad/derecho de autor sino a través de aprobación judicial previa. Cualquier norma que permita afectar las garantías constitucionales a través de avisos privados, es y será simplemente inconstitucional.

Finalmente, cabe destacar que el texto actual del Proyecto se encuentra en completa concordancia con lo que señala el Tratado de Libre Comercio (“TLC”). Una conclusión distinta se apartaría de la verdad, y sólo podría estar motivada por intereses particulares. En este sentido:

- El TLC exige que para el “**caso de transmisión, enrutamiento o suministro de conexiones para el material**” los titulares de derechos deban acudir a un juez para que ordene por ejemplo la terminación de una cuenta³. En relación a estas actividades el TLC no contempla un proceso de *Notice & Takedown*.

¹ <http://mylaw.usc.edu/documents/512Rep/>.

² <http://www.eff.org/press/archives/2007/03/14>.

³ A este respecto, el TLC dispone “23 (e). Si el proveedor de servicio califica para la limitación relativa a la función (b)(i), los **mandamientos judiciales** que ordenan o restringen ciertos actos, se limitarán a terminar determinadas cuentas, o a la adopción de medidas razonables para bloquear el acceso a un determinado sitio en línea no doméstico [...]” (destacado es nuestro).

- Luego, respecto de las actividades de “almacenamiento temporal (caching) llevado a cabo mediante un proceso automático; el almacenamiento a petición de un usuario de material que se aloja en un sistema o red controlada u operada por o para el proveedor...”; y referir o vincular a los usuarios a un sitio en línea, mediante la utilización de herramientas de búsqueda de información, incluidos los hipervínculos y directorios”, el TLC no exige un sistema de *Notice & Takedown* privado, sino que se limita a señalar en la letra (f) del numeral 23 de la Sección 17.11 del Capítulo 17 que “como mínimo” se deberá establecer un sistema de *notice & takedown* que cumpla con los requisitos que señala dicha letra, permitiendo sin lugar a discusión un completo sistema de *Notice & Takedown* Judicial⁴.

2.2 Recomendación de API A.G. sobre el sistema de *Notice & Takedown*

Mantener la opción de *Notice & Takedown* Judicial por: i) razones constitucionales y legales de protección de los derechos garantizados por la constitución; ii) razones de seguridad jurídica a fin de evitar abusos por ciertos titulares de derecho como ya ha ocurrido en EE.UU.; iii) para no apartarse de nuestras tradiciones legales mediante la adopción de instituciones ajenas a nuestra tradición jurídica como lo son el sistema de *Notice & Takedown* privado y el *Discovery*; y iv) por razones de texto del TLC .

3. SOLICITUD DE INFORMACIÓN DEL SUPUESTO INFRACTOR

El Artículo 85 S del Proyecto señala: “*El tribunal competente, a requerimiento de los titulares de derechos que hayan iniciado un procedimiento, podrá ordenar la entrega de la información que permita identificar al supuesto infractor por el prestador de servicios respectivo. El tratamiento de los datos así obtenidos se sujetará a lo dispuesto en la Ley N°19.628, sobre protección de la vida privada.*”

⁴ A este respecto, el TLC dispone “23 (e). [...] Si el proveedor de servicio califica para las limitaciones respecto de cualquier otra función señalada en el subpárrafo (b), los mandamientos judiciales que ordenan o restringen ciertos actos se limitarán al retiro o inhabilitación de acceso al material infractor, la terminación de determinadas cuentas y otras medidas correctivas que un tribunal pueda considerar necesarias, a condición de que dichas medidas correctivas sean lo menos gravosas para el proveedor de servicio, para los usuarios y para los suscriptores entre formas comparables de reparación efectiva [...]. (f) Para los efectos de la notificación y el proceso de bajada de las funciones (b)(ii), (iii) y (iv), cada Parte **establecerá procedimientos adecuados** mediante un proceso abierto y transparente establecido en su legislación interna, para notificaciones efectivas de supuestas infracciones y contra notificaciones efectivas por parte de aquellas personas cuyo material fue retirado o inhabilitado por equivocación o identificación errónea. **Como mínimo**, cada Parte requerirá que la notificación de una supuesta infracción sea una comunicación escrita, firmada física o electrónicamente por una persona que represente, bajo la pena de perjurio u otra sanción penal de que es un representante autorizado del titular del derecho del material que se alega ha sido infringido y, que contenga información razonablemente suficiente para que el proveedor de servicio sea capaz de identificar y localizar el material que la parte reclamante alega de buena fe que está infringiendo, y que permita contactar a dicha parte reclamante.” (destacado es nuestro).

API A.G. estima que existen fundamentos constitucionales y legales para sostener que no existe obligación de entregar los antecedentes de identificación de un usuario, mientras ese requerimiento no venga previamente autorizado expresamente por el juez de garantía. La disposición del Proyecto se encuentra en conformidad con dichos fundamentos.

El principio básico que consagra la CPR en su Artículo 83 inciso 3° es que *“las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa.”* Uno de los derechos que la Constitución asegura es el respeto y protección a la vida privada, de acuerdo al Artículo 19 N°4 de la CPR. Luego, existe la Ley N°19.628 que justamente se titula *“Sobre Protección de la Vida Privada”*, que establece en forma clara que uno de los aspectos fundamentales de la vida privada consiste en el derecho a que los datos personales sean tratados de acuerdo a lo dispuesto en la CPR y en la Ley N°19.628. Cualquier tratamiento o comunicación de datos personales que no cumpla con los requisitos establecidos por la Ley N°19.628, priva, restringe o perturba el derecho a la vida privada.

Entonces, la solicitud de datos personales de un usuario formulada por fuerzas de orden y seguridad o por un privado a un proveedor de servicios necesariamente privará, restringirá o perturbará los derechos del usuario o titular de la información respecto de la protección de la vida privada que garantiza la CPR y desarrolla la Ley N°19.628 en materia de datos personales.

En consecuencia, API A.G. recomienda:

Mantener el Artículo 85 S del Proyecto y la consecuente necesidad de existencia de resolución judicial previa para entregar información del supuesto infractor por fundamentos constitucionales y legales.

4. RESUMEN DE RECOMENDACIONES DE API A.G.

- a) **Reemplazar el inciso primero del Artículo 85 L del Proyecto por el siguiente:** *“En el caso de infracciones a los derechos protegidos por esta ley que hayan sido cometidas por terceros a través de sistemas o redes controladas u operadas por personas naturales o jurídicas que presten algunos de los servicios señalados en los artículos siguientes, los proveedores de tales servicios no tendrán responsabilidad alguna, en la medida que cumplan con las condiciones previstas por los artículos siguientes, conforme a la naturaleza del servicio prestado. En estos casos, los prestadores de servicios sólo podrán ser objeto de las medidas prejudiciales y judiciales que se refieren en el artículo 85 R.”*
- b) **Reincorporar al Proyecto el párrafo que señalaba:** *“Estas limitaciones de responsabilidad operarán aún cuando por aplicación de las normas generales de responsabilidad civil, los prestadores de servicios referidos en los artículos siguientes pudieren eventualmente ser condenados al pago de algún tipo de indemnización por infracción a los derechos de autor y conexos.”*

- c) **Mantener la opción de *Notice & Takedown* judicial por:** i) razones constitucionales y legales de protección de los derechos garantizados por la constitución; ii) razones de seguridad jurídica a fin de evitar abusos por ciertos titulares de derecho como ya ha ocurrido en EE.UU.; iii) para no apartarse de nuestras tradiciones legales mediante la adopción de instituciones ajenas a nuestra tradición jurídica como lo son el sistema de *Notice & Takedown* privado y el *Discovery*; y iv) razones de texto del TLC.
- d) **Mantener el Artículo 85 S del Proyecto y la consecuente necesidad de existencia de resolución judicial previa** para entregar información del supuesto infractor por fundamentos constitucionales y legales.

Siendo todo cuanto podemos informar, le saluda atentamente,

Rodrigo Tabja R.
Presidente
Asociación de Proveedores de Internet API A.G.