

LA RESPONSABILIDAD DE LAS REDES SOCIALES ONLINE POR INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR

José Rafael Fariñas

Sumario. Introducción. Planteamiento del problema. La atribución de responsabilidad en las condiciones de uso de las redes sociales. La responsabilidad según la Directiva Europea de Comercio Electrónico y la DMCA. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad según la legislación Venezolana.

DEDICATORIA: A la memoria de Ricardo Antequera Parilli, amigo y mentor, para quien el derecho de autor fue una forma de vida.

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente los asuntos referidos a la responsabilidad por el uso de contenido en el mundo tradicional tienen que ver con las distintas modalidades de utilización de obras¹ protegidas por el derecho de autor, y en la misma medida de prestaciones² objeto de los derechos conexos.

En el primer caso, obras literarias, artísticas y científicas, respecto de las cuales se llevan a cabo usualmente modalidades de comunicación pública, reproducción y distribución a través de cualquier medio o procedimiento. Mientras que respecto

¹ V.: Las *obras* acreedoras de la protección del derecho de autor son por lo general todas las creaciones intelectuales originales expresadas en una forma reproducible. Ver: BOYTHA, Gyorgy: **Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos**. OMPI. Ginebra, 1980. Voz 262. p. 268. En este sentido, la originalidad está referida a la forma particular en que el autor expresa materialmente su idea, la manera como la desarrolla y hace accesible luego a través de cualquier soporte material o medio digital, lo cual no es más que su “impronta” personal. Por esa razón, no están protegidas como obras en el ámbito del derecho de autor las creaciones que no son originales tales como los métodos, noticias del día, etc.

² V.: Las “*prestaciones*” son las distintas actividades protegidas que llevan a cabo las tres categorías de titulares de los derechos conexos: los artistas intérpretes y ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. En el caso de los artistas, las interpretaciones o ejecuciones de obras o expresiones del folklore, los productores la actividad técnica-organizativa que implica la selección y disposición de los aportes a fijar en el fonograma, y el organismos de radiodifusión la emisión de la señal contentiva de la obra radiodifundida.

del segundo, el ámbito de acción ya no son obras sino prestaciones artísticas, producciones fonográficas y emisiones de radiodifusión.

Estas modalidades de utilización se llevan a cabo bien a propósito de una cesión o licencia del autor o titulares de los respectivos derechos, o bien porque un tercero decide hacerlo sin el consentimiento de ellos o al amparo de una limitación o excepción³ al derecho de autor y los derechos conexos. No obstante, la falta de una cesión de los derechos o de una licencia que autorice el uso de las obras o prestaciones dará lugar a responsabilidad civil o penal, según los casos.

Un esquema similar opera en el mundo *online*. Lo que cambia en este caso no son las modalidades de utilización, que siguen siendo las mismas, sino la forma en que se llevan a cabo y las audiencias o grupo de personas a quienes van dirigidas, en este caso usuarios de las redes sociales digitales.

I. Internet como espacio para la difusión de contenidos protegidos

Hoy en día existen 7 mil millones de personas en el mundo, de las cuales más de 3 mil millones están conectados a Internet. Según el portal web Internet WorldStats, al 30 de junio de 2014 la cifra global de usuarios de Internet alcanzó la suma de 3.035.749, 340, lo cual representa un índice de penetración mundial del 42,3%. De esta cifra, América Latina y el Caribe tienen 320.312.562 usuarios, que equivalen al 10,5% del total de personas conectadas⁴.

³ V.: Estas limitaciones (que a menudo se denominan “excepciones”) son disposiciones contenidas en las legislaciones de derecho de autor, que restringen el derecho exclusivo del autor en lo que respecta a la explotación de su obra. Las formas principales que adoptan estas limitaciones son los casos de libre utilización, licencias obligatorias y licencias legales. Ver BOYTHA, Gyorgy: **Ob cit.** Voz 144. p.147.

⁴ V.: Internet User in the World distribution by World regions-2014. Disponible en el sitio Web <http://bit.ly/JNZ65e>. Consultada el 23 de diciembre 2014.

Los datos citados anteriormente son relevantes a los efectos de este estudio por dos razones; **i)** porque nos pone en perspectiva respecto al mercado actual de usuarios de Internet y entre ellos a los potenciales consumidores de contenido de todo tipo, incluyendo obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos y **ii)** deja en evidencia que aunque los índices de conexión crecen aceleradamente, todavía hay un nicho de más del 50% de mercado potencial y por ende de usuarios futuros de obras y prestaciones en el ámbito digital.

Pues bien, esa es la realidad de Internet hoy. Una vitrina de 3 mil millones de personas en todo el mundo que se interconectan entre sí e intercambian significados basados en contenidos que van desde una simple conversación en línea acerca de temas triviales del día, pasando por canciones o videos compartidos con otros por razones de diversión y entretenimiento, hasta artículos o ensayos de temática diversa con propósitos académicos. Todo es posible en Internet y el límite –más allá de la legalidad- es el sentido común⁵.

Dejando de lado otros variados propósitos al navegar en la red, nos centraremos en el rol que juegan las plataformas de redes sociales *online* en la difusión de contenidos en Internet. Ello implica adentrarnos en hacer un acercamiento a las redes sociales como plataformas de difusión, a los tipos de redes, a su responsabilidad principal o subsidiaria por la utilización de contenidos ajenos y las normas o mecanismos internos que tienen dichas plataformas para regular la actuación de sus usuarios respecto de los contenidos ajenos que comparten.

⁵ V.: FARIÑAS, José Rafael: **El Impacto de los medios sociales digitales en la difusión de contenidos protegidos por el derecho de autor**. Artículo en proceso de publicación por la Universidad Central de Venezuela, UCV, en el libro-memoria de las jornadas sobre Propiedad Intelectual en homenaje a Ricardo Antequera Parilli, Caracas, 2014.

II. Redes sociales ¿libertad de expresión o libertinaje?

Las redes sociales *online* son, esencialmente, plataformas para socializar⁶. Su potencial descansa en la posibilidad de que la interfaz del usuario sea amigable y que pueda éste compartir experiencias, aficiones, noticias sobre acontecimientos, entretenimiento, contenidos creativos y en fin crear un vínculo virtual con una comunidad de usuarios que tengan algún tipo de relación con sus propias experiencias, aficiones y preferencias. La segunda fase es desvirtualizarse.

Las redes sociales *online*⁷ ofrecen a los usuarios una plataforma de comunicación a través de Internet para que éstos generen un perfil con sus datos personales, facilitando la creación de redes con base a criterios comunes y permitiendo la conexión e interacción con otros usuarios⁸. Desde el punto de vista jurídico, son un servicio de la sociedad de la información⁹, que es prestado normalmente sin remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de los servicios. El requisito de la remuneración no aplica de forma directa en los términos de la definición de la

⁶ V.: Sí, Internet –y las redes sociales online en particular- apoyan y refuerza la variedad de lazos sociales fuertes, débiles, instrumentales, emocionales, sociales, afiliativos o cualquiera de los que se producen *offline*. Cfr. REIG HERNANDEZ, Dolors: **Socionomía. ¿Vas a perderte la revolución social?**. Ediciones Deusto, Barcelona, 2012, p.81.

⁷ V.: De conformidad con el Documento adoptado por el Grupo de Protección de las Personas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales, creado por la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, se establece que el Servicio de Redes Sociales (SRS) puede definirse generalmente como plataformas de comunicación en línea que permiten a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes. En sentido jurídico, las redes sociales son servicios de la sociedad de la información, según se definen en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE. Información disponible en el sitio web: <http://bit.ly/1DRtBRN>. Consulta el 6 de enero 2015. Así mismo, respecto al rol del servicio de red social, Cfr. CHACÓN GÓMEZ, Nayibe: **La responsabilidad de los proveedores de servicios en las redes sociales**, Revista Derecho y Tecnología, Universidad Católica del Táchira, número 14, San Cristóbal, 2013, p.213.

⁸ V.: ORTIZ LÓPEZ, Paula: **Redes Sociales: Funcionamiento y tratamiento de información personal**. En Derecho y Redes Sociales. Artemi Rallo Lombarte y RicardMartinezMartinez (Coordinadores), Editorial Cívitas/Thomson Reuters, Pamplona, 2010. p. 24.

⁹ V.: Artículo 1. 2) de la Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de julio de 1998 que modifica la Directiva 98/34/CE por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas.

Directiva 98/48/CE pero si de forma indirecta¹⁰. La cantidad de usuarios activos en una red constituyen su valor intrínseco y en consecuencia su idoneidad para llevar a cabo en ellas grandes inversiones en servicios de publicidad. Un caso que muestra claramente esta afirmación es Facebook, la red social con mayor número de usuarios -1.320 millones en el 2014- cuyos ingresos por publicidad ascendieron en el segundo trimestre del 2014 a la suma de 2.910 millones de dólares, de los cuales dos tercios de los ingresos fueron por avisos publicitarios para dispositivos móviles¹¹.

Ahora bien, esta interacción entre usuarios tiene múltiples propósitos, uno de ellos compartir contenidos creativos ajenos (canciones, vídeos, fotografías, textos), lo cual no siempre se hace contando con la autorización de los autores o demás titulares de las obras y prestaciones. En ese sentido, suelen los usuarios alegar la libertad de Internet como herramienta de comunicación, y por ende la libertad de usar los contenidos que por ella circulan a través de cualquier forma. Dos son los argumentos que suelen esgrimirse para sostener esta postura: **i)** la libertad de los usuarios de expresarse libremente, independientemente de que en este caso el medio para hacerlo sean las redes sociales. Lo que cuenta –dicen- es el ejercicio del derecho a expresar las ideas sin restricción alguna, y ello abarca los contenidos a los cuales hacen referencia a través de las redes y comparten con sus pares como forma efectiva de socialización o engagement, y **ii)** el derecho que, conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos, tiene toda persona de participar activamente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de

¹⁰ V.: Por su naturaleza, las plataformas de RSO son gratuitas y solo requieren de un registro de usuario y una conformidad expresa con las condiciones de uso. No obstante, la monetización de los servicios no viene dada en función de un pago efectuado por el usuario, sino por la venta de espacios de publicidad a terceros. En ese sentido, el usuario de las RSO –a través de la interacción en ellas- es coadyuvante activo en la generación de un atractivo comercial susceptible de valoración en el mercado.

¹¹ V.: Dos tercios de los ingresos de Facebook son por publicidad móvil. Información disponible en el sitio web <http://bit.ly/1ImRK0d>. Consultada el 29 de diciembre 2014.

las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten¹².

Por su parte, las plataformas de redes sociales *online*, si bien no niegan expresamente los derechos sobre los contenidos ajenos, sobre lo cual ahondaremos más adelante cuando analicemos las condiciones de uso, suelen trasladar la responsabilidad por la circulación e intercambio de ellos a los usuarios, a las personas que han abierto un perfil y han manifestado su conformidad con las condiciones de uso del servicio, entre ellas las relativas a la Propiedad Intelectual sobre los contenidos propios y ajenos.

De modo que ante una eventual utilización *online* de contenidos que violen disposiciones relativas al derecho de autor o los derechos conexos, las posturas habituales en las redes sociales suelen ser: **a)** la del usuario que alega el derecho a la libertad de expresión y de participación en la vida cultural de la comunidad, **b)** la de la plataforma de redes sociales, trasladando la responsabilidad al usuario final conforme a las condiciones de uso de la herramienta, y **c)** la del titular de los derechos que alega la violación conforme a las disposiciones de la legislación sobre derecho de autor y derechos conexos, particularmente las que sostienen que el autor tiene el derecho exclusivo de explotar su obra en la forma que le plazca y de sacar de ella beneficios¹³, norma ésta recogida, con algunas variantes, en las leyes sobre derecho de autor de Iberoamérica.

Al final, si bien es cierto que los titulares de los derechos pueden ejercer acciones legales de no hacer (prohibir conductas ilícitas) o de hacer (acciones de indemnización), lo cierto es que dado el número de usuarios de las redes sociales considerados globalmente y el poder económico de los propietarios de las

¹² V.: Artículo 27. I) de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

¹³ V.: Artículo 23 de la Ley Venezolana Sobre el Derecho de Autor.

plataformas sociales, tales acciones son ilusorias, insuficientes e ineficaces, con lo cual se configura una especie de impunidad por imposibilidad material.

No obstante, los derechos existen y los medios legales también. Acerca de ellos se harán las consideraciones en los apartados siguientes de este estudio.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Cada usuario de una red social es un objetivo comercial que deja huella con sus preferencias de navegación, y esas huellas permiten a la plataforma de red social identificar claramente qué tipo de contenido –y productos- podrían ser de su interés, y en algunos casos hasta manipular tales comportamientos¹⁴.

En un interesante artículo en su blog, Enrique Dans sostiene que la evolución de la privacidad, en plena era post-Assange y post-Snowden, está llevando a una evidencia clara: cada vez más usuarios reclaman control sobre sus datos. El modelo de servicios gratuitos a cambio de explotación de datos personales y publicidad segmentada tiene cada vez menos aceptación, especialmente entre los jóvenes¹⁵. No obstante, creemos nosotros, la publicidad sigue siendo el motor que impulsa el desarrollo, producción y puesta en ejecución de plataformas de redes sociales y más recientemente de Apps¹⁶ de todo tipo.

¹⁴ V.: **Facebook manipuló cuentas de 700.000 usuarios para experimento psicológico.** Información disponible en el sitio Web <http://bit.ly/1pPYtba>. Consultada el 3 de enero 2015.

¹⁵ V.: DANS, Enrique: **Personas o productos: ¿hacia una web con servicios de pago?** Información disponible en el sitio Web <http://bit.ly/1yUJO6M>. Consultada el 29 de diciembre 2014.

¹⁶ V.: Según informe del PewResearch Center, el 58% de los adolescentes han descargado aplicaciones a su dispositivo móvil (teléfono inteligente o tableta), aunque también es cierto que la mayoría evita ciertas Apps debido a su preocupación por asuntos relativos a su privacidad. Cfr: **Teens and Mobile Apps Privacy**, disponible en el sitio web: <http://pewrsr.ch/1BK7i>. Consultada el 4 de enero 2015. Para el impacto de las Apps en el mundo hoy, consultar también: GARDNER, Howard y DAVIS, katie: **La Generación App. Cómo los jóvenes gestionan su identidad, su privacidad y su imaginación en el mundo digital.** Editorial Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México, 2014.

Planteadas así las cosas, acudimos a la era digital con algunas variables de futuro y dos posturas contrapuestas ante las actividades que se llevan a cabo en las redes sociales. En el primer caso, Eric Schmidt (Presidente ejecutivo de Google) y Jared Cohen (Director de ideas de Google) afirman que la mayoría de los 8 mil millones de personas estimadas para el 2025 en la tierra, estarán conectadas online. Los procesadores doblan su velocidad cada dieciocho meses, lo que significa que un computador en el 2025 será 64 veces más rápido de lo que es en el 2013¹⁷. En el segundo, los usuarios y plataformas sociales reclaman mayores libertades para usar los contenidos que por ella circulan, promueven mayores excepciones en nuevos proyectos de ley e intensifican el discurso de la libertad de expresión y la libre utilización en las redes digitales, por oposición a los autores y demás titulares, quienes reclaman al mismo tiempo mayores y más eficaces mecanismos legales de protección en el ámbito digital.

1.1. Redes sociales versus usuarios ¿ventaja o privilegio?

Sin embargo consideramos que en cuanto a la postura de los usuarios y los productores o propietarios de plataformas de redes sociales, éstos últimos tienen una clara ventaja sobre los primeros. Los usuarios de las redes tienen una responsabilidad directa por sus actuaciones en redes digitales, de la misma manera en que la tienen por sus actuaciones en el mundo físico, en el mundo *offline*. En las redes sociales, sus actuaciones ilícitas podrían configurar difamación, uso indebido de datos personales, violación al derecho a la propia imagen, acoso, pornografía infantil, violación a derechos de Propiedad Intelectual, etc. Pero cada una de estas conductas, independientemente que se lleven a cabo en entornos *online*, tienen una respuesta conforme a la legislación tradicional que regula tales conductas típicas, o en el marco de los convenios internacionales, directivas comunitarias o leyes especiales que las regulan.

¹⁷ V.: SCHMIDT, Eric & COHEN, Jared: **The New Digital Age: Reshaping the future of People, Nations and Business**. Editorial Alfred A.Knopf, New York, 2013. pp 4-6.

En el caso de las plataformas de redes sociales la situación es diferente. Ellas frecen a los usuarios servicios de acceso a la red social y habilitación para que cada quien comparta en ella conforme a los intereses que configuren su perfil. Sin embargo, las redes sociales trasladan al usuario la responsabilidad por tales actuaciones ilícitas, con lo cual podríamos decir que se desarrolla un servicio basado en la interacción de los usuarios, que genera ingresos por publicidad para los propietarios de la red social proporcionalmente al grado de interacción y al número de usuarios activos, pero en el supuesto de que tal despliegue social genere responsabilidad por hecho ilícito –dice la plataforma de red social– entonces la responsabilidad es del usuario, no de la plataforma de red social. Estas disposiciones suelen recogerse en las *condiciones de uso*¹⁸ del servicio.

Por otro lado, tomando en cuenta que tales disposiciones no necesariamente eximen de responsabilidad a las plataformas de redes sociales, lo cual saben éstas muy bien, suelen promover e impulsar a menudo iniciativas legales en los países de mayor tráfico digital en las que se establece claramente su exención de responsabilidad como proveedor de servicio de la sociedad de la información, iniciativas estas que han dado lugar, por ejemplo, a la Digital Millennium Act (Estados Unidos de América) o la Directiva Europea de Comercio Electrónico o DCE¹⁹, en las que se consagran expresamente supuestos de exenciones de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet, con lo cual más que una

¹⁸ V.: Las condiciones de servicio de las redes sociales son un contrato de adhesión mediante el cual se regula la relación entre el usuario (persona que demanda el servicio a través de un registro de perfil de usuario) y la plataforma que presta dicho servicio. Las condiciones de uso suelen ser la “letra pequeña” que pocos usuarios leen, pero en las que se regulan asuntos como la propiedad de los contenidos, privacidad, propiedad intelectual, responsabilidad ante terceros, alcance de la licencia otorgada por los usuarios, jurisdicción en caso de conflicto, etc.

¹⁹ V.: Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

normativa para regular la actuación en Internet, su propósito fue establecer un sistema de exenciones de responsabilidad. Peguera Poch²⁰ lo resume así:

“No parece aventurado afirmar que uno de los objetos principales –sino el principal- de la Directiva de Comercio Electrónico ha sido el de establecer un sistema de exenciones de responsabilidad para la prestación de servicios de intermediación en Internet (...) la Directiva ha venido a eximirles de la responsabilidad en que podrían incurrir por haber transmitido o alojado contenidos ilícitos o lesivos proporcionados por terceros”.

Pues bien, a partir de esta ventaja de los ISP sobre la posición de los usuarios, nos hemos propuesto desarrollar las ideas que siguen, que versan esencialmente acerca de los supuestos de exención de responsabilidad y cómo su incumplimiento por parte de las redes sociales *online* dará lugar a responsabilidad civil por uso de contenidos ajenos. La responsabilidad de los usuarios no será analizada, por lo menos no directamente, pues excede el objeto de este estudio.

2. LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN LAS CONDICIONES DE USO DE LAS REDES SOCIALES ONLINE.

¿Qué tienen en común Facebook, Twitter, Instagram, LinkedIn o Youtube?...que son redes sociales *online* que al darnos de alta como usuario en cualquiera de ellas, no solamente asumimos nuestra condición de usuario-nodo interactivo, sino también, de manera explícita, aceptamos una serie de condiciones para la prestación del servicio que se denominan *Condiciones de Uso*, mediante las cuales se regulan las relaciones de estas redes con sus usuarios, tanto en lo que tiene que ver con su comportamiento personal como usuarios, como con el rol que desempeñan respecto de los contenidos propios o ajenos objetos de intercambio y su consiguiente responsabilidad.

²⁰ V.: PEGUERA POCH, Miquel: **La Exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet**. En *Contenidos Ilícitos y Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet*, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, No. 8, Navarra, 2002, pp 25-64.

Cada red social tiene sus *Condiciones de Uso*. En líneas generales, en ellas lo que se pretende es regular expresamente, bajo la figura de un contrato de adhesión, una serie de asuntos, entre ellos: naturaleza y alcance de las licencias que otorga el usuario, la responsabilidad por el uso de contenidos ajenos, la propiedad de las plataformas de redes sociales sobre los contenidos propios, especialmente el software y demás obras protegidas por el derecho de autorasí como el nombre, logotipo, los signos distintivos, dominio, etc, protegidos por la propiedad industrial. Con las citadas normas se intenta dejar claro hasta dónde llega la responsabilidad de estos servicios y hasta dónde la de los usuarios de los mismos. De una revisión rápida a las condiciones de uso de estas cinco redes sociales, observamos lo siguiente:

2.1. Titularidad de los contenidos.

Las cinco reconocen expresamente que el contenido es propiedad del usuario que lo provee, partiendo del supuesto de que quien lo provee es autor, titular, cesionario o licenciatario de él, quien además puede pedir su eliminación en cualquier momento, salvo que ya se haya compartido con tercero (LinkedIn), o controlar cómo se comparte a través de la configuración de privacidad y aplicaciones (Facebook). La cláusula tipo, con algunas variantes, es la que se establece en las condiciones de uso²¹ de YouTube, en los siguientes términos:

“Ud seguirá siendo el titular de los derechos relativos a su contenido, si bien deberá otorgar unos derechos de **licencia**²² limitados a favor de YouTube y otros usuarios de los servicios” (énfasis añadido).

²¹ V.: Cfr. condiciones de uso de Youtube, disponible en <http://bit.ly/1uhYtr5>.

²² V.: Como lo señala Antequera Parilli, a diferencia de la “cesión”, la licencia no confiere titularidad al licenciatario, pues no hay traslación de derechos, sino una simple autorización para que se utilice la obra de acuerdo a las formas y características contempladas en la licencia y por la remuneración convenida. Cfr. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: **Derecho de Autor**. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, Caracas, 1998, tomo I, p. 518.

No obstante, lo cierto es que por lo general la gran mayoría de los usuarios de las redes sociales comparte contenidos ajenos, y en algunos casos incurriendo en conductas que pudieran dar lugar a responsabilidad por hecho ilícito, especialmente cuando violan derechos de propiedad intelectual. Por lo tanto, se infiere que cuando la plataforma deja constancia en sus normas que “Usted sigue siendo el titular de los derechos relativos a su contenido”, se refiere solo a aquellos contenidos que han sido creados por el propio usuario o aquellos sobre los cuales le han sido cedidos los derechos en virtud de un contrato, mortis causa o por disposición de la ley. Hace sentido que en esos tres supuestos se hable de titularidad sobre los derechos en cabeza del usuario, en los demás casos no.

2.2. Naturaleza y contenido de la licencia del usuario.

El usuario de las redes, al darse de alta, conviene expresamente en otorgar una licencia gratuita, no exclusiva y transferible para la utilización de los contenidos propios, básicamente bajo las modalidades de comunicación pública, reproducción, y distribución. La licencia se corresponde con la naturaleza del servicio, pues no tendría sentido ser usuario, proveedor de contenido de la red, sin que ésta tenga la posibilidad de utilizar la información, pues la información suministrada por el usuario forma parte de la naturaleza del servicio. Lo que no es conforme a los usos en el derecho de autor es que la licencia que otorgue sea transferible²³ a terceros, tal como lo expresan en sus condiciones de uso Facebook, YouTube o Twitter, por ejemplo. En el contrato tipo de Twitter, existe una disposición ilustrativa de esto, relativa a los derechos del usuario, en los siguientes términos:

“(…) Al enviar, publicar o presentar cualquier contenido a través de estos servicios, el usuario otorga a Twitter una licencia

²³ V.: En el artículo 50, in fine, de la LSDA, se establece: “El titular del derecho de explotación puede igualmente conceder a terceros una licencia de uso, no exclusiva e **intransferible**, a cambio de una remuneración y la cual se rige por las estipulaciones del contrato respectivo y las atinentes a la cesión de derecho de explotación, en cuanto sean aplicables”. (destacado nuestro).

mundial, no exclusiva, libre de regalías, **con derecho a la concesión de la licencia a terceros**, para utilizar, copiar, reproducir, procesar, adaptar, modificar, publicar, transmitir, mostrar y distribuir dicho contenido a través de cualquier medio de comunicación o método de distribución, actual o desarrollado en el futuro” (destacado nuestro).

El hecho de que la licencia sea transferible no se corresponde con los usos en el derecho de autor porque la autorización de uso, en este caso, ha de ser para la utilización de los contenidos en las propias plataformas donde el usuario se ha dado de alta y no en otra que exceda su ámbito de actuación. Lo que suele ocurrir es que la red tiene una serie de servicios añadidos y aplicaciones que forman parte de su plan de negocio y entonces extiende a éstos –y a sus asociados directos e indirectos, llamados “Entidades de Twitter- la facultad de usar los contenidos que han sido proveídos por el usuario que se ha dado de alta, lo cual se facilita –y autoriza- en el contrato de adhesión que se suscribe al momento en que el usuario abre un perfil, suministra sus datos y acepta las condiciones del servicio.

2.3. La gratuidad de licencia.

Si bien es cierto que los usuarios proveen contenidos, y que tradicionalmente estos pueden ser licenciados a terceros mediante el pago de una remuneración proporcional al uso que se haga de ellos, en el caso de las redes sociales el licenciamiento es gratuito. Esto quiere decir que ninguna de ellas (Twitter, Facebook, LinkedIn, Youtube, Instagram o cualquier otra) pagará al usuario por el contenido que comparte independientemente del principio en el derecho de autor según el cual, salvo pacto en contrario, toda cesión o licencia sobre los contenidos protegidos son a título oneroso. Por supuesto, solo si los contenidos que el usuario comparte son propios, pues en caso contrario no tendrá la cualidad para disponer de ellos y mucho menos para autorizarlos a terceros, en este caso a la plataforma de redes sociales online.

2.4. La responsabilidad de las redes sociales online por el uso de contenidos protegidos por derecho de autor y los derechos conexos.

No se trata de ahondar en la responsabilidad del usuario, sino más bien en la responsabilidad –o excepción de responsabilidad- de la herramienta que provee el servicio. Ya hemos dicho en 1.1 Supra que éstas tienen ventaja, que han logrado un entramado de normas que les garantiza exenciones de responsabilidad por el uso de contenidos en el ámbito digital. Pero como si eso no fuera suficiente, en sus propias condiciones de uso lo refuerzan. Dejan bien claro que en ningún caso se hacen responsable por los contenidos que comparten sus usuarios.

En el caso de las Condiciones de Servicio²⁴ de Twitter, por ejemplo, se establece:

“Usted es responsable del uso de los servicios de todo contenido que proporcione y de cualquier otra consecuencia que esto origine, incluido el uso de su contenido por parte de otros usuarios y socios de terceros. Usted entiende que su contenido puede ser sindicado, transmitido, distribuido o publicado por nuestros socios y que, ***si usted no poseyera el derecho de presentar dicho Contenido para tal uso, la responsabilidad sería suya. Según estas Condiciones, Twitter no se hará responsable del uso del Contenido del usuario por parte de Twitter.*** Usted manifiesta y garantiza que tiene todos los derechos, poderes y autoridad necesarios para conceder los derechos otorgados mediante este documento de todo Contenido que envíe”. **(Negrillas añadidas).**

De la disposición citada, tres son las cosas a tener en cuenta: **i)** el principio general de que todo contenido proporcionado por el usuario es responsabilidad de éste y que ha de asumir las consecuencias que de ello se derive, **ii)** que al subir a la plataforma los contenidos y compartirlos con los otros usuarios que forman

²⁴ V.: Ver Condiciones de Servicio de Twitter, disponibles en el sitio Web: <http://bit.ly/JZTohu>.

parte del ecosistema social digital, presta su consentimiento para que sean comunicados, reproducidos, distribuidos y, en general, usados por la plataforma y por los asociados o entidades de Twitter²⁵, y **iii)** que el usuario, mediante la aceptación de estas normas del contrato de adhesión, ha manifestado expresamente poseer los derechos y las facultades suficientes para compartir el contenido que comparte en la plataforma.

Ahora bien, ¿realmente el usuario de una red social tiene los derechos sobre todos los contenidos que pone a disposición o comparte con los demás usuarios de la plataforma?..y si la respuesta fuere negativa, entonces la siguiente pregunta es ¿cómo puede la plataforma de red social permanecer al margen de una ilicitud que se comete precisamente con el software y demás aplicaciones que constituyen la herramienta fundamental que utiliza el usuario para cometerlo?.

2.5. La responsabilidad solidaria o indirecta de la plataforma de redes sociales online

Hay responsabilidad por hecho ajeno -o responsabilidad indirecta- cuando el hecho que de un modo inmediato causó el daño ha sido cometido por una persona distinta de la que es obligada a responder ante la víctima²⁶.

Ordinariamente toda persona, dice MelichOrsini, no responde sino de sus propios actos, pero hay casos en que en virtud de una convención o en razón de una disposición de la ley se presenta la situación señalada anteriormente. La responsabilidad por hecho ajeno puede ser, por tanto, contractual o extracontractual (MelichOrsini, 1981: 21).

²⁵ V.: La norma, en este sentido, establece que respecto de los contenidos publicados usted acepta que este permiso otorga el derecho a Twitter de proporcionar, promover y mejorar los servicios **y de poner a la disposición de otras compañías, organizaciones o individuos asociados con Twitter el Contenido presentado a través de los Servicios** para la sindicación, difusión, distribución o publicación de dicho Contenido en otros medios y servicios, según los términos y condiciones para utilizarlo (**subrayado nuestro**).

²⁶ V.: MELICH ORSINI, José: **Responsabilidades Civiles Extracontractuales**, Ediciones Amon, C.A, Caracas, 1981.p.21.

En el caso de las redes sociales online, el asunto referido a la responsabilidad guarda relación con dos supuestos: **i)** responsabilidad contractual respecto del servicio de red social que presta al usuario o “destinatario del servicio”, cuyas reglas están expresamente establecidas en el contrato de adhesión²⁷ que acepta aquél cuando se da de alta, y **ii)** responsabilidad extracontractual por hecho ilícito del usuario respecto de contenidos (obras y prestaciones protegidas), cuyos autores y demás titulares no forman parte de la relación establecida a través del contrato de adhesión. A los efectos de este estudio, solo nos referiremos al segundo supuesto.

Se trata pues de determinar en qué casos podría ser la plataforma de red social responsable por los hechos ajenos que vulneran derechos de autor y derechos conexos, y cuáles son esos supuestos de responsabilidad extracontractual.

Continúa diciendo MelichOrsini, la peculiaridad del hecho en referencia radica en que uno es el autor del daño ilícito y otro es el llamado a resarcirlo, no obstante que el primero no actúe en representación del último y aún cuando haya actuado contra la expresa voluntad suya. La razón de ser de esta obligación de resarcimiento opera por razones de política-legislativa y para garantizar a la víctima del daño, en este caso los autores y demás titulares de las obras, prestaciones y producciones el resarcimiento del mismo (MelichOrsini, 1981:22).

²⁷ V: Conforme al artículo 70 de la Ley Venezolana para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, publicada en la Gaceta oficial No. 39.358, del 1 de febrero de 2010, se define el *Contrato de Adhesión* en los siguientes términos: “**Artículo 70.** Se entenderá como *contrato de adhesión*, a los efectos de esta Ley, los contratos tipos o aquellos cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente por la materia o establecidas unilateralmente por la proveedora o el proveedor de bienes y servicios, sin que las personas puedan discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar. En aquellos casos en que la proveedora o el proveedor de bienes y servicios unilateralmente establezcan las cláusulas del contrato de adhesión, la autoridad competente, podrá anular aquellas que pongan en desventaja o vulneren los derechos de las personas, mediante acto administrativo que será de estricto cumplimiento por parte de la proveedora o proveedores”.

También en este mismo asunto, Peguera Poch²⁸ afirma:

“Por otra parte, para los posibles perjudicados por contenidos ilícitos es de suma importancia conocer si pueden dirigir sus pretensiones resarcitorias también contra los que actuaron como intermediarios para la difusión del contenido que ocasionó el daño. En efecto, puede resultar muy difícil obtener la indemnización de quien suministró en el origen los contenidos ilícitos; ya sea por su falta de solvencia, ya sea por tratarse de un internauta anónimo y por tanto ilocalizable. ***El ISP, en cambio, presentará a menudo mayor solvencia económica, y será fácilmente localizable.*** (Destacado nuestro).

Aunque Venezuela no es miembro ya de ese bloque sub-regional²⁹, como referente y apoyo a lo que venimos diciendo, es útil citar el artículo 54 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina, el cual establece lo siguiente:

“Ninguna autoridad ***ni persona natural o jurídica***, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión ***o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable***” (destacado nuestro).

En este caso Twitter –o cualquier red social de que se trate dada su naturaleza de proveedor de servicio de la sociedad de la información- presta sin duda su apoyo al suministrar el software que permite que el usuario darse de alta en la red e interactuar con los demás beneficiarios del servicio, y además al permitir que se compartan también determinados tipos de archivos, específicamente contenidos de tipo visual, así como archivos musicales y direcciones web, todo ello integrado con el diseño y la orientación de la creatividad³⁰. Cosa distinta es establecer si ese apoyo da lugar o no a responsabilidad solidaria a que hace mención la

²⁸ V.: PEGUERA POCH, Miquel: **Ob. Cit.** p. 29.

²⁹ V.: Venezuela solicitó su salida de la CAN en 2006 sobre la base del desacuerdo con los tratados de libre comercio suscritos por Perú y Colombia con Estados Unidos, y optó por pactos bilaterales. La salida se concretó finalmente en 2011. Ver información disponible en la página web: <http://bit.ly/1GdmcOB>. Consultada el 5 de enero 2015.

³⁰ V.: CHACÓN GÓMEZ, Nayibe: **Ob. Cit.** p.2010.

Decisión 351 de la CAN, para lo cual las propias redes sociales, en sus condiciones de uso, diseñan políticas para notificar cuando en las plataformas se está haciendo uso de contenidos o desplegando conductas que pueden dar lugar a la responsabilidad de terceros o de la propia herramienta. El propósito de estos mecanismos de notificación es crear las condiciones para evitar la responsabilidad por el hecho ilícito del usuario si la herramienta lleva a cabo todos los mecanismos que demuestren que actuado con diligencia.

2.6. Las Condiciones de Uso de las redes sociales y las notificaciones de violación a los derechos de autor y derechos conexos.

Twitter sostiene en sus condiciones de uso que respeta los derechos de propiedad intelectual y que espera que los usuarios de los servicios hagan lo mismo, y en ese sentido provee un mecanismo de notificación de las vulnerabilidades de contenidos protegidos que ha de cumplir seis condiciones³¹: **1)** el suministro de una firma física o electrónica del propietario de los derechos de autor o de la persona autorizada para actuar en su representación, **2)** identificación del material sujeto a los derechos de autor que alegan haber sido violados, **3)** identificación del material que se alega haber sido violado o estar sujeto a la actividad de violación y que debe ser eliminado, o cuyo acceso debe prohibirse, y toda información pertinente para permitir a Twitter la localización del material, **4)** la información de contacto del usuario, incluidos la dirección, el número de teléfono y la dirección de correo electrónico, **5)** la declaración del usuario que cree de buena fe que el titular de los derechos de autor, su representante o la ley, no ha autorizado el uso del material según la manera en que ha sido expuesto, y **6)** una declaración que confirme que la información de la notificación es precisa y, bajo pena de perjurio, que el usuario está autorizado a actuar en representación del titular de los derechos de autor.

³¹ V.: Ver las Políticas de Derecho de Autor de Twitter. Información disponible en la página Web <http://bit.ly/JZTohu>. Consultada el 8 de enero 2015.

Efectuada la notificación de forma apropiada, Twitter se reserva el derecho de quitar el contenido que infrinja los derechos de autor, y en determinadas circunstancias de reincidencia del agente del daño, podrá también cerrar su cuenta de usuario.

3. LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD SEGÚN LA DIRECTIVA EUROPEA DE COMERCIO ELECTRÓNICO, LA LEY DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y DE COMERCIO ELECTRÓNICO Y LA DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT³²

De acuerdo con criterios generales, la existencia de responsabilidad civil aparece subordinada también respecto de las actividades en la red a la presencia de los elementos típicos: **a)** comportamiento dañoso, **b)** daño cierto, **c)** nexo causal entre el comportamiento y el daño, y **d)** criterio de imputación de la responsabilidad³³.

El comportamiento dañoso puede provenir tanto de una acción como de una omisión dirigida a producir un resultado perjudicial para quien pretenda su resarcimiento, bien porque se haya materializado un perjuicio de orden moral o material, o bien porque se hayan configurado las condiciones idóneas para su materialización en el futuro. Entre el resultado producido o esperado y el comportamiento del agente de quien se pretende el resarcimiento, debe existir una relación de causalidad, una estrecha relación que determine que el resultado dañoso fue consecuencia de tal comportamiento y que en condiciones normales

³² V.: Estas consideraciones fueron desarrolladas por el autor inicialmente como parte de un trabajo de mayor extensión, titulado **Responsabilidad de los Prestadores de Servicios en Internet por Infracciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos**, publicado en la Revista del Postgrado en Propiedad Intelectual de la Universidad de los Andes, número 8 y 9, Mérida, Venezuela/2005-2006.

³³ V.: DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto: **Derecho Privado de Internet**, editorial Civitas, segunda edición, 2001, p. 492.

no hubiera ocurrido si el agente del daño no hubiera incurrido en tal acción u omisión.

El sistema de responsabilidad civil jugará, pues, el difícil papel de distribuir entre los diferentes sujetos implicados la carga de los costes asociados al desarrollo y a la aplicación de los nuevos progresos. Más precisamente: tendrá que fijar los criterios que permitan determinar a quién corresponde el deber legal de soportar las consecuencias de los daños y perjuicios derivados de los riesgos inherentes a las nuevas actividades. O –por decirlo de otra manera- tendrá que decidir con el dinero y el sacrificio de quién se va a pagar todo lo que la flamante sociedad de la información nos va a costar³⁴.

En el caso de los ISP, la indagación respecto a la posibilidad de imputarle responsabilidad en razón de un evento dañoso, se centra en las siguientes actividades: **i)** los servicios de mera transmisión de datos y de provisión de acceso a Internet, **ii)** la prestación del servicio de hosting **iii)** almacenamiento de datos en memoria caché, **iv)** enlaces e instrumentos de búsqueda.

3.1. Servicios de mera transmisión y de provisión de acceso

Son definidos en la directiva europea sobre comercio electrónico, en adelante DCE, como transmitir en una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o facilitar acceso a un red de comunicaciones (Art. 12, 1), lo cual engloba el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos transmitidos siempre que dicho almacenamiento sirva exclusivamente para ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones y que su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para dicha transmisión.

³⁴ V.: PEQUERA POCH, Miquel: **Mensajes y Mensajeros en Internet: la Responsabilidad Civil de los Proveedores de Servicios Intermediarios**, disponible en el sitio web: <http://bit.ly/1uhUJ3J>. Consultada el 10 de enero 2015.

Acá la actividad se caracteriza por dos momentos distintos: **1)** en primer lugar la acción de suministrar los datos que es una iniciativa particular de cada destinatario del servicio³⁵ pues en principio son ellos y nadie más quienes toman la decisión sobre el material que desean transmitir y elegir el proveedor del servicio de acceso a la red y que además les suministre el servicio de transmisión de los datos seleccionados, y **2)** en segundo lugar, en la cadena de eventos involucrados dentro de una actividad de provisión de acceso y mera transmisión, está la decisión del propio proveedor de tales servicios de acceder a la prestación del servicio, procediendo en consecuencia a dar el acceso y transmitir los datos suministrados por el destinatario del servicio.

En este supuesto, como en el resto, debemos partir del hecho de que existe un régimen general de responsabilidad, mediante el cual, tal como lo establece la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de España, en adelante LSSICE, los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico³⁶. No obstante, uno de los objetivos principales de la DCE ha sido el de consagrar un sistema de exenciones de responsabilidad para la prestación de servicios de intermediación en Internet³⁷, de allí que se haya consagrado también en dicha directiva un principio general según el cual los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmiten, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios de mera transmisión, caching y alojamiento de datos (Art. 15.1 de la DCE).

³⁵ V.: Hay que tener en cuenta que el **destinatario del servicio** en el supuesto de mera transmisión es la persona que encarga al prestador de servicios que lleve a cabo una transmisión de datos y por lo tanto es el cliente o destinatario de ese servicio. En cambio, **el destinatario de la transmisión** es a quien va dirigida esa transmisión y efectivamente la recibe.

³⁶ V.: Art. 13 LSSICE.

³⁷ V.: PEGUERA POCH, Miquel: **La Exención de Responsabilidad**....., p.26.

Esa es la razón por la que tanto en la LSSICE como en DCE existen unas exenciones de responsabilidad que se aplican en aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de intermediación se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Esta actividad es meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de intermediación no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada (considerando 42 de la DCE). Específicamente, los supuestos de exención son los siguientes: **i)** cuando el intermediario no haya él mismo originado la transmisión, **ii)** cuando no hubiere seleccionado el destinatario de la transmisión, **iii)** y cuando no hubiere seleccionado ni modificado los datos transmitidos (Art. 12.1 de la DCE y Art. 14.1 de la LSSICE).

De acuerdo a la DCE y LSSICE, y en razón de que no constituye un atentado a la integridad de los datos transmitidos o alojados, no se entenderá por modificación la manipulación estrictamente técnica de los archivos que alberguen los datos, que tiene lugar durante su transmisión³⁸. Como sostiene ERDOZAIN, si el intermediario colabora deliberadamente con un destinatario del servicio a fin de cometer actos ilegales, ciertamente estaría al margen de la excusa legalmente establecida y se encontraría, por consiguiente, sujeto a responsabilidad³⁹.

Finalmente, cabe destacar que las limitaciones de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación establecidas en la DCE y LSSICE, no afecta a la posibilidad de entablar acciones de cesación de distintos tipos. Dichas acciones de cesación pueden consistir, en particular, en ordenes de los tribunales o de las autoridades administrativas por los que se exija poner fin a cualquier infracción o impedir que se cometa, incluso retirando la información ilícita o

³⁸ V.: Considerando 43 de la DCE y Art. 14.1, de la LSSICE.

³⁹ V.: ERDOZAIN, José Carlos: **Derechos de Autor y Propiedad Intelectual en Internet**, Tecnos, 2002, pp. 201-202.

haciendo imposible el acceso a ella⁴⁰. Cabe preguntarse, si en el supuesto de incumplimiento por parte del ISP de la orden judicial o administrativa de cesación, queda sin efecto la exención de responsabilidad que lo beneficia y en consecuencia ha de cumplir con la pretensión resarcitoria. Creemos con PEGUERA POCH⁴¹ que efectivamente ha de resarcir en virtud de que nos hallaríamos en un supuesto de responsabilidad por hecho propio, en tanto la misma deviene de una decisión particular de incumplimiento por parte del proveedor de servicios de intermediación de una orden de cesación expedida por un organismo jurisdiccional o administrativo. El hecho de que tanto la DCE como la LSSICE hayan consagrado las excepciones que benefician a los ISP sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales y administrativas de cesación, implica un deber formal por parte del ISP de acatarlas. No hacerlo, constituye por lo tanto un hecho propio de transmisión o provisión de acceso ilícito.

3.2. Memoria tampón o Caching

Consiste en el almacenamiento automático, provisional y temporal de los datos cuya transmisión ha contratado el destinatario del servicio, con la finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio. Es un problema de economía y velocidad en las operaciones. Desde el punto de vista del proveedor del servicio de intermediación existe un interés de acercar la información contenida p.e. en una página web, lo más cerca posible para que sea más fluido y rápido el tráfico de un ulterior cliente que pretenda visitar esa misma página en el futuro y no tenga que ir –al igual que los anteriores visitantes de la misma página- al servidor donde se aloja la página principal.

Podría plantearse que tales actuaciones del proveedor de servicios de intermediación, en este caso memoria tampón o caching, constituyen por sí

⁴⁰ V.: Considerando 45 y Art. 12.3 de la DCE y Art. 15, e) 3º LSSICE

⁴¹ V.: V.: PEGUERA POCH.....**Ob. Cit**, p.43

mismas modalidades de reproducción de obras o prestaciones, sin embargo, la Directiva 2001/29/CE de 22 de Mayo de 2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, en adelante DDASI, establece que los actos de reproducción provisional de obras, prestaciones, producciones y emisiones, cuando sean transitorios y accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico cuya única finalidad consista en facilitar una transmisión en red o una utilización lícita de una obra o prestación protegida, y que no tengan por si mismos una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción⁴².

La DCE establece cinco supuestos⁴³ en los que el ISP no puede ser considerado responsable del almacenamiento automático, provisional y temporal de la información: **i)** cuando el prestador de servicios no modifique la información, **ii)** cuando cumpla las condiciones de acceso a la información, **iii)** cuando cumpla las normas relativas a la actualización de la información, especificadas de manera ampliamente reconocida y utilizada por el sector, **iv)** cuando no interfiere en la utilización lícita de tecnología ampliamente reconocida y utilizada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información, **v)** cuando actúe con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o hacer que el acceso a ella sea imposible, en cuanto tenga conocimiento efectivo del hecho de que la información ha sido retirada del lugar de la red en la que se encontraba inicialmente, de que se ha imposibilitado el acceso a dicha información o de que un tribunal o una autoridad administrativa ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella. Idénticos supuestos de exención de responsabilidad de los ISP en razón de la copia temporal de los datos se establecen el artículo 15 de la LSSICE.

⁴² V.: Art. 5 (1) de la DDASI

⁴³ V.: Art. 13.

La obligación de acceso a la información pretende que el ISP que realiza una copia temporal p.e. de una página web, exija a sus clientes las mismas condiciones de acceso establecidas en el web site original, generalmente relacionadas con identificación del usuario, datos personales, dirección electrónica, aceptación expresa de las condiciones de utilización del contenido del web site, etc, mientras que la obligación de actualización y de no interferencia en la utilización lícita de tecnología hacen relación con la necesidad de evitar –por falta de actualización- una marcada diferencia entre la copia caché y el web original y de llevar a cabo estudios estadísticos respecto a la utilización de los datos, respectivamente.

3.3. Servicios de Alojamiento de datos o Hosting

El alojamiento consiste en el almacenamiento de datos suministrados por el destinatario del servicio, y el rango de responsabilidad para el ISP es parecido al del prestador de servicios que realiza una actividad de almacenamiento caché. La responsabilidad del ISP viene dada en este caso en función del *conocimiento efectivo*⁴⁴ de que la actividad o la información es ilícita, pues con base en la premisa de que el intermediario asume una mera función de enlace técnico, donde no controla ni decide sobre la información que maneja, se le establece una responsabilidad subjetiva.

En efecto, el artículo 14.1 de la DCE dispone en este caso que el ISP no será considerado responsable de los datos almacenados, a petición del destinatario, en los supuestos de que: **i)** el prestador no tenga *conocimiento efectivo* de que la

⁴⁴ V.: De conformidad con lo establecido en el Art. 16, b) de la LSSICE, se entiende que un prestador de servicios de intermediación tiene **conocimiento efectivo** cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada, o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

actividad o la información es ilícita, y en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que **ii)** en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible, todo ello sin perjuicio del deber de abstención o de retirada en los supuestos de requerimiento jurisdiccional o administrativo (Art. 14.3)

En relación a la cuestión del *conocimiento efectivo* por parte del ISP cabría preguntarse si la autoridad pública debe realizar una solicitud específica al prestador de servicios, o basta una declaración general de retirada con la debida publicidad⁴⁵. Por otra parte, no hay que olvidar que la LSSICE prevé además la posibilidad de que se establezcan otros medios de conocimiento efectivo a propósito de los cuales el ISP puede llevar a cabo procedimientos de detección o retirada (Art. 16 y 17).

La responsabilidad del ISP puede surgir en el momento en que se le notifica que está alojando páginas web con contenidos ilícitos y es proveído, a través del órgano competente -Judicial o administrativo- o por cualquier otro medio, de una notificación adecuada. En este sentido, y tal como lo indica DARIAS DE LAS HERAS⁴⁶ la legislación americana, a través de la Digital Millenium Copyright Act - en adelante DMCA- establece condiciones para que una notificación sobre alojamiento de páginas web con material ilegal efectuada a un ISP sea válida. La notificación debe ser escrita y en ella debe constar: **i)** una firma física o electrónica de la persona autorizada a actuar en nombre del titular de los derechos de propiedad intelectual cuya vulneración se alega, **ii)** identificación de las obras

⁴⁵ V.: PLAZA PENADES, Javier: **Propiedad Intelectual y Sociedad de la Información (Tratados OMPI, Directiva 2001/29/CE y Responsabilidad Civil en la Red**, Aranzadi, 2002, pp. 244-245.

⁴⁶ V.: DARIAS DE LAS HERAS, Victoriano: **Aspectos Jurídicos de la música en Internet**, Septem ediciones, 2003, p. 57.

protegidas cuya vulneración se alega, **iii)** identificación del material que produce la infracción o que es objeto de la infracción y que debe ser retirado o impedido el acceso al mismo, **iv)** información suficiente que permita al ISP contactar a la parte reclamante, **v)** una afirmación por parte del reclamante de que la utilización del material protegido no lo ha sido en virtud de una autorización de su parte, de su representante o por autorización de la ley, y finalmente **vii)** que la información suministrada en la notificación es rigurosamente cierta y que el reclamante actúa en virtud de una autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual cuya vulneración se alega.

3.4. Enlaces e instrumentos de búsqueda

La DCE nada indica en su articulado sobre la responsabilidad derivada de enlaces o *links*; no obstante tiene presente la problemática cuando en el artículo 21.2 señala que al examinar la necesidad de adaptar la directiva, el informe correspondiente analizará especialmente la necesidad de presentar propuestas relativas a la responsabilidad de los proveedores de hipervínculos y servicios de instrumentos de localización. Es por lo tanto, una previsión a futuro pero que a todas luces refleja la importancia del tema, aunque no se haya incluido expresamente para su tratamiento en el articulado vigente de la DCE.

La LSSICE, en cambio, establece expresamente en el artículo 17, exenciones de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que: **a)** no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o **b)** si lo tienen, actúen con diligencia para

suprimir o inutilizar el enlace correspondiente. En este caso se aplican las mismas consideraciones respecto al *conocimiento efectivo* indicadas en el Art. 16 ejusdem.

Los enlaces o *links* podrían dar lugar a problemas de responsabilidad por hecho ajeno y crea condiciones para que se formulen pretensiones resarcitorias en razón de enlaces no consentidos, especialmente contra importantes prestadores de servicios, pues son ellos –y no los autores del acto dañoso- los que representan mayor atractivo para las pretensiones económicas del titular de los derechos de propiedad intelectual cuya vulneración hubiere ocurrido en virtud de un enlace no autorizado⁴⁷

4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ISP EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA

En Venezuela no existe una normativa especial sobre responsabilidad civil de los prestadores de servicios de Internet. No obstante, tratándose de responsabilidad por infracciones al derecho de autor y los derechos conexos a propósito de actividades llevadas a cabo en redes digitales, somos de la opinión que existen normas generales que pueden invocarse para establecer la responsabilidad aplicable a la actividad desplegada por los ISP, y concretamente a las redes sociales online.

4.1. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En primer lugar, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el artículo 98, establece que la creación cultural es libre. Esa libertad comprende el derecho a la inversión, producción y divulgación de la obra creativa, científica, tecnológica y humanística, incluyendo la protección legal de los derechos del autor

⁴⁷ V.: PLAZA PENADES, Javier: **Propiedad Intelectual y Sociedad...**, p. 246

o de la autora sobre sus obras. El Estado reconocerá y protegerá la propiedad intelectual sobre las obras científicas, literarias y artísticas, invenciones, innovaciones, denominaciones, patentes, marcas y lemas de acuerdo con las condiciones y excepciones que establezcan la ley y los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República en esta materia. Por lo tanto, existe acá una protección constitucional de la propiedad intelectual, de la cual deriva todo el entramo jurídico ulterior, base para establecer una responsabilidad por infracciones al derecho de autor y los derechos de conexos.

4.2. Código Civil Venezolano

El artículo 1.185 del Código Civil consagra que el que con intención, o por negligencia, o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo.

A los efectos de este artículo, y en consideración a que se trata de establecer la responsabilidad por hecho ilícito, la expresión hecho ilícito y sus equivalentes fuertes (delito, crimen) connota la idea, profundamente arraigada en el lenguaje ordinario (y recogido por la dogmática) de un acto perjudicial que provoca el repudio de la comunidad. De ahí que ésta recurra a la técnica del castigo (motivación indirecta) para impedir que estos hechos se multipliquen. Pues bien, los hechos que acarrearán una sanción jurídica (prevista por una norma jurídica) son hechos ilícitos⁴⁸. A falta de una norma especial sobre responsabilidad de los ISP, habría que atenerse a lo previsto en los artículos 1.185 y siguientes del Código Civil, relativos a los hechos ilícitos.

En este sentido, MelicOrsini señala que las responsabilidades por hecho ajeno constituyen un *número clausus*; sin embargo, ello no es obstáculo para que en los

⁴⁸ V.: CALVO BACA, Emilio: **Código Civil Venezolano**, Ediciones Libra, Caracas, 2003, sección V de los hechos ilícitos, Art. 1185, p. 665.

casos no previstos (como lo es la responsabilidad de los ISP), pueda declararse la responsabilidad civil de una persona, en relación con actos ejecutados por otra, con apoyo directo en la fórmula general del artículo 1185 del Código Civil, que consagra la responsabilidad por la propia imprudencia o negligencia, en cuyo caso el demandante tiene que probar la culpa (dolo, imprudencia, negligencia) del demandado. (MelicOrsini, 1981: 39).

4.3. Ley Sobre el Derecho de Autor

La Ley Sobre el Derecho de Autor de 1993, (LSDA), establece como principio rector que el autor goza también del derecho exclusivo de explotar su obra en la forma que le plazca y sacar de ella beneficio (Art. 23).

Se ha consagrado así un sistema de protección general, dentro del cual cabe cualquier modalidad de explotación, presente o futura, conocida o por conocerse, por lo que inferimos que una modalidad de utilización a través de Internet estaría amparada también bajo las normas de la LSDA y por vía de consecuencia sujeto a responsabilidad civil y penal cualquier persona que incurriere directa o indirectamente en dichas utilidades de manera fraudulenta.

Tres consideraciones nos llevan a afirmar lo anterior: **i)** respecto a los derechos de comunicación pública, el legislador venezolano ha consagrado un sistema de *numerus apertus* en el que ha incluido la fórmula según la cual la difusión se lleve a cabo por **cualquier procedimiento que sea conocido o por conocerse**, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes (Art. 40, 9), con lo cual se podría incluir en Venezuela bajo el amparo de esta norma cualquier modalidad de puesta a disposición de obras a través de redes sociales digitales, **ii)** Por lo que hace al derecho de reproducción, se considera que es ilícita cualquier reproducción total o parcial de una obra sin el consentimiento del autor, o en su caso de los derechohabientes o causahabientes de éste, incluso respecto a las obras

copiadas por un arte o procedimiento cualquiera (Art. 42 in fine), **iii**) y finalmente, el régimen de los límites a los derechos de explotación está consagrado en los artículos 43 y siguientes de la LSDA bajo una fórmula de *números clausus* cerrado y de interpretación restrictiva. Por lo tanto, no cabe considerar que la explotación de obras y prestaciones en redes digitales tiene en Venezuela amparo en el régimen de los límites al derecho de autor y derechos conexos señalados anteriormente.

4.4. Decreto Presidencial Sobre Internet

El Decreto Presidencial número 825 Sobre Internet como Prioridad⁴⁹ de fecha 22 de Mayo de 2000, en el que se declara el acceso y el uso de Internet como *política prioritaria para el desarrollo cultural*, económico, social y político de la República Bolivariana de Venezuela⁵⁰ sienta las bases para que desde la óptica del uso de Internet como herramienta que facilita el intercambio de bienes y servicios, se propenda también al intercambio de obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos.

La creación de obras literarias, artísticas y científicas, protegidas por el derecho de autor, así como las interpretaciones o ejecuciones artísticas, producciones fonográficas y emisiones de radiodifusión protegidas por los derechos conexos, constituyen sin duda un aporte muy importante al desarrollo cultural del país, de manera que su utilización a través de un medio de comunicación público y masivo como Internet, impone a los responsables oferentes de servicios a través de esta herramienta, la obligación de evitar atentados a tales derechos en tanto –además de constituir ilícitos civiles y penales- desestimulan la creatividad nacional, produciendo en consecuencia un atentado directo al desarrollo cultural que se pretende estimular con el uso de la herramienta objeto del citado Decreto Presidencial

⁴⁹ V.: Gaceta Oficial N° 36.955, del 22 de mayo de 20 00.

⁵⁰ V.: Art. 1.

BIBLIOGRAFÍA

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: **Derecho de Autor**. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, Caracas, 1998.

BOYTHA, Gyorgy: **Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos**, OMPI, Ginebra, 1980.

CALVO BACA, Emilio: **Código Civil Venezolano**, Ediciones Libra, Caracas, 2003

CHACÓN GÓMEZ, Nayibe: **La responsabilidad de los proveedores de servicios en las redes sociales**, Revista Derecho y Tecnología, Universidad Católica del Táchira, número 14, San Cristóbal, 2013.

REIG HERNANDEZ, Dolors: **Socionomía. ¿Vas a perderte la revolución social?** Ediciones Deusto, Barcelona, 2012.

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto: **Derecho Privado de Internet**, editorial Civitas, segunda edición, 2001

FARIÑAS, José Rafael: **El Impacto de los medios sociales digitales en la difusión de contenidos protegidos por el derecho de autor**. En proceso de publicación en el libro-memoria de las jornadas sobre Propiedad Intelectual en homenaje a Ricardo Antequera Parilli, UCV, Caracas, 2014.

ORTIZ LÓPEZ, Paula: **Redes Sociales: Funcionamiento y tratamiento de información personal**. En Derecho y Redes Sociales. Artemi Rallo Lombarte y RicardMartinezMartinez (Coordinadores), Editorial Cívitas/Thomson Reuters, Pamplona, 2010.

GARDNER, Howard y DAVIS, katie: **La Generación App. Cómo los jóvenes gestionan su identidad, su privacidad y su imaginación en el mundo digital**. Editorial Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México, 2014.

SCHMIDT, Eric & COHEN, Jared: **The New Digital Age: Reshaping the future of People, Nations and Business**. Editorial Alfred A.Knopf, New York, 2013.

MELICH ORSINI, José: **Responsabilidades Civiles Extracontractuales**, Ediciones Amon, C.A, Caracas, 1981

PEGUERA POCH, Miquel: **La Exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet**. En Contenidos Ilícitos y Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, No. 8, Navarra, 2002.

_____ **Mensajes y Mensajeros en Internet: la Responsabilidad Civil de los Proveedores de Servicios Intermediarios**, disponible en el sitio web: <http://bit.ly/1uhUJ3J>

ERDOZAIN, José Carlos: **Derechos de Autor y Propiedad Intelectual en Internet**, Tecnos, 2002.

PLAZA PENADES, Javier: **Propiedad Intelectual y Sociedad de la Información (Tratados OMPI, Directiva 2001/29/CE y Responsabilidad Civil en la Red**, Aranzadi, 2002.

DARIAS DE LAS HERAS, Victoriano: **Aspectos Jurídicos de la música en Internet**, Septem ediciones, Asturias, 2003.