

Responsabilidad de intermediarios online por infracciones de derechos de autor cometidas por usuarios de sus servicios

Notas al Estudio de la US Copyright Office sobre la sección 512 DMCA

Antoni Rubí Puig
Universitat Pompeu Fabra
antoni.rubi-puig@upf.edu

Pol Solsona Vilarrasa
Universitat Pompeu Fabra
posovi99@hotmail.com

-

1. Hacia un replanteamiento de las reglas de responsabilidad de los intermediarios en línea

La identificación del círculo de responsables por daños derivados de contenidos ilícitos alojados en internet o que circulan por él, así como la definición de sus deberes de compensación, son cuestiones jurídicas que han acompañado al desarrollo e implantación social de la red y que siguen estimulando las discusiones acerca del rol de los intermediarios en línea.

Los primeros debates sobre estas cuestiones resultaron en la adopción hace dos décadas de reglas tanto en EEUU como en la UE que blindaron –en todo caso o bajo ciertas condiciones- a los proveedores de la infraestructura de la red frente a reclamaciones de responsabilidad civil por actos realizados por usuarios (reglas de puerto seguro)¹. Desde el inicio, la aplicación de estas reglas comportó que las contingencias de responsabilidad civil fueran en la práctica casi residuales: para determinados contenidos los prestadores de servicios en línea no responderían nunca; para otros, solo lo harían si tras haber sido requeridos no actuaren diligentemente para eliminar o bloquear el contenido en cuestión. En aplicación de este sistema, el remedio indemnizatorio ha quedado pues orillado y la tutela de los diferentes derechos afectados online se ha articulado sobre todo a partir de remedios de conducta orientados a la retirada o supresión de los contenidos ilícitos.

El funcionamiento de dichas reglas de puerto seguro, concebidas como un subsidio público al desarrollo y expansión de internet, ha sido sometido a varias fuerzas y resistencias en los últimos veinte años: tecnología, mercado y derecho han ido afectando a su eficacia y poniendo

¹ Nos referimos en Europa a los artículos 12 a 15 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (DO L 178 de 17.7.2000); y a las normas nacionales que los transpusieron en los diferentes EEMM; y en EE.UU, a las normas codificadas en 47 U.S.C. § 230 (aprobada en 1996 por medio de la *Communications Decency Act*) y en 17 U.S.C. §§ 512 (aprobada en 1998 por medio de la *Digital Millennium Copyright Act*).

a prueba su idoneidad para la infraestructura actual de la red. Excede del objeto de esta Nota un análisis completo de los diferentes factores jurídicos y extrajurídicos que han ido delimitando el régimen legal de los intermediarios en línea y, por ello, un panorama general debería bastar a los efectos de señalar los términos entre los cuales se desarrolla hoy por hoy la discusión².

El estado de la tecnología actual es muy diferente al disponible en el momento de promulgar las reglas referidas. Así, desarrollos como las redes sociales, las plataformas de puesta a disposición de contenidos en línea o la prestación de servicios de *cloud computing* han comportado un incremento exponencial de contenidos albergados en línea y con ello un aumento de supuestos de ilicitud en términos absolutos. Por otra parte, la tecnología actualmente a disposición de los proveedores de servicios para rastrear los contenidos y de los titulares de derechos para su tutela ha permitido abaratar mucho los costes de transacción asociados a la detección y control de contenidos ilícitos.

El mercado también ha propiciado algunas soluciones institucionales para prevenir y controlar la puesta a disposición en línea de contenidos ilícitos. Mecanismos de colaboración entre titulares de plataformas y titulares de derechos afectados que permiten a estos últimos decidir la retirada de un determinado contenido infractor o su rentabilización, iniciativas de autorregulación sectorial o el establecimiento de auditorías y comités de seguimiento externos de algunas redes sociales constituyen algunos ejemplos de ello.

Por último, varios desarrollos jurídicos han incidido en la aplicación de las reglas de responsabilidad de los prestadores de servicios en línea. Así, por ejemplo, varios asuntos – especialmente en materia de propiedad intelectual y, en la UE, también sobre difamación– han examinado el grado de pasividad en la prestación de servicios requerido para exonerarse de responder³, han perfilado los deberes de diligencia exigibles a los prestadores de servicios en línea después de recibir un requerimiento⁴, o han abordado las implicaciones de los derechos fundamentales⁵. Otros casos pendientes ante el TJUE han de pronunciarse sobre la calificación jurídica de los actos de facilitación de acceso a contenidos subidos por usuarios en plataformas como YouTube⁶. También, desde el punto de vista del derecho, se han promulgado algunas normas sectoriales que prevén regímenes de responsabilidad diversos para los prestadores de servicios en línea en ámbitos específicos. A los efectos de esta Nota, nos interesa destacar el

² Remitimos al lector interesado en una discusión completa del estado de la cuestión al tratado editado por Giancarlo FROSIO y publicado hace unos meses: Giancarlo FROSIO (Ed.), *Oxford Handbook of Intermediary Liability*, Oxford University Press, 2020. Para el ámbito de los derechos de autor, destacamos dos monografías publicadas en los últimos años que enfocan la cuestión a partir del derecho de la UE: Christina ANGELOPOULOS, *European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis*, Wolters Kluwer, 2017; y Martin HUSOVEC, *Injunctions Against Intermediaries in the European Union: Accountable, but not Liable?*, Cambridge University Press, 2017. Para un trabajo reciente en español, nos remitimos a Esther ARROYO AMAYUELAS, “La responsabilidad de los intermediarios en internet. ¿Puertos seguros a prueba de futuro?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2020), Vol. 12, Nº 1, pp. 808-837.

³ SSTJUE de 23 de marzo de 2010, asuntos C-236/08 a C-238/08, *Google France SARL v. Louis Vuitton y otros*; de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09, *L'Óreal v. eBay*; y de 11 de septiembre de 2014, asunto C-291/13, *Papasavvas v. O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd y otros*.

⁴ STJUE de 3 de octubre de 2019, asunto C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek v. Facebook Ireland Limited*.

⁵ Véanse, entre otras, SSTJUE de 16 de febrero de 2012, asunto C-360/10, *SABAM v. Netlog*; y de 27 de marzo de 2014, asunto C-314/12, *UPC Telekabel v. Constantin Film*.

⁶ Véanse las Conclusiones de 16 de julio de 2020 del Abogado General Saugmandsgaard Øe sobre los asuntos acumulados C-682/18 (*YouTube*) y C-683/18 (*Cyando*).

artículo 17 de la Directiva 2019/790 sobre derechos de autor en el mercado único digital, que establece una regla de puerto seguro menos generosa que la actual para determinados prestadores en supuestos de infracciones de derechos de propiedad intelectual⁷. Finalmente, podemos referirnos a los trabajos y debates en marcha acerca de la futura *Digital Services Act* de la UE y las varias posiciones que abogan por una reforma de las reglas de puerto seguro establecidas en la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico⁸.

Las interacciones entre estas tres fuerzas –tecnología, mercado y derecho- han alentado en los últimos años los debates acerca de la responsabilidad de los intermediarios en línea y han servido para abogar por replanteamientos más o menos amplios de sus reglas. El último de los episodios en la discusión que parte de este enfoque es un estudio publicado el pasado 21 de mayo de 2020 por la *United States Copyright Office*⁹.

Se trata del primer estudio elaborado por un organismo público de la administración estadounidense que examina cómo han venido funcionando las reglas codificadas en la sección 512 del título 17 del U.S. Code (en adelante, “sección 512 DMCA”), que, bajo ciertas circunstancias y condiciones, permiten a diferentes prestadores de servicios en línea exonerarse de responder civilmente por infracciones de derechos de autor cometidas por sus usuarios¹⁰.

El Estudio tiene interés más allá de las fronteras de la jurisdicción federal norteamericana y algunas de sus observaciones y propuestas pueden trasladarse a los debates europeos sobre la regulación de la responsabilidad de prestadores de servicios de internet y posibles reformas de las reglas contenidas en los artículos 12 a 15 de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico. En los apartados siguientes, nos referimos a las conclusiones principales del Estudio y reseñamos algunas de las modificaciones legislativas que en él se proponen.

2. Dimensión del Estudio y conclusiones principales

La US Copyright Office ofrece en las casi doscientas páginas que integran el Estudio un análisis monográfico de la sección 512 DMCA. El foco es así preciso y, por tanto, no estamos ante un informe que abarque todas las fuentes legales y jurisprudenciales de responsabilidad por infracción de derechos de autor en el ordenamiento federal norteamericano. Por supuesto, tales fuentes como las doctrinas sobre responsabilidad secundaria e infracción contributiva se comentan en el Estudio pero de un modo accesorio a su objeto principal.

El Estudio se estructura en siete partes. Después de una breve primera parte introductoria, la segunda parte refiere la historia legislativa de la sección 512 DMCA y la descripción de sus

⁷ Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (DO L 130, 17.5.2019).

⁸ El pasado mes de junio la Comisión inició una consulta pública sobre la modernización de las reglas sobre servicios digitales, que estará abierta hasta el 8 de septiembre. Véase <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package> (última visita: 20.7.2020).

⁹ El estudio titulado “Section 512 of Title 17. A Report of the Register of Copyrights” (en adelante, el “Estudio”) está disponible en <https://www.copyright.gov/policy/section512/> (última visita: 20.7.2020).

¹⁰ 17 U.S.C. §§ 512 (aprobado en 1998 por medio de la Digital Millennium Copyright Act). Disponible en <https://www.copyright.gov/title17/92chap5.html#512> (última visita: 20.7.2020).

reglas. La tercera parte se ocupa de describir los cambios tecnológicos, económicos y sociales ocurridos desde 1998 y sus efectos en la aplicación práctica de la sección 512 DMCA. Una cuarta parte ofrece un examen de reglas utilizadas en otros ordenamientos –entre otros, el derecho de la UE- para delimitar el círculo de responsables por infracciones de derechos de autor ocurridas online. A continuación, las partes quinta y sexta proporcionan el contenido más sustancioso del Estudio: la identificación de una serie de principios generales que habrían de informar cualquier reforma legislativa en esta materia y la descripción pormenorizada de varias propuestas de reforma de la sección 512 DMCA. Finalmente, la séptima parte presenta las conclusiones principales del informe.

Los trabajos que llevaron al Estudio se iniciaron en 2015 y forman parte de un conjunto de informes elaborados por la Copyright Office con el objetivo de asistir al Congreso en la modernización de la legislación federal sobre propiedad intelectual. En la elaboración del Estudio se incluyeron dos consultas públicas, que resultaron en más de 90.000 contribuciones por escrito, y varios estudios cuantitativos y cualitativos, así como diversas mesas de debate.

El Estudio llega a la conclusión de que los desarrollos tecnológicos, económicos y sociales han trastocado el equilibrio de intereses que el legislador de 1998 tuvo en consideración. Estos habrían reforzado la posición de los prestadores de servicios online en detrimento de los titulares de derechos de autor por lo que la Copyright Office sugiere algunos ajustes legales al régimen para alcanzar un nuevo equilibrio entre ambas categorías de sujetos. Algunas veces muy autorizadas han criticado ya al Estudio por proporcionar una imagen muy simplista de este equilibrio de intereses y, sobre todo, por ignorar los de los usuarios de los servicios prestados en línea¹¹.

Para llevar a cabo cualquier reforma legislativa sobre la responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por infracciones de derechos de autor, la Copyright Office identifica cinco principios-guía:

- (i) La protección de los derechos de autor en internet debe ser adecuada y efectiva, de modo que los titulares de derechos puedan tutelarlos de un modo apropiado cuando se infrinjan.
- (ii) Los intermediarios en línea que actúan con arreglo a la buena fe deben poder beneficiarse de un entorno con seguridad jurídica para seguir innovando.
- (iii) La cooperación voluntaria entre prestadores de servicios en línea y titulares de derechos alentada por las reglas actuales no puede ser la única respuesta, por lo que la intervención legal resulta necesaria para restablecer el equilibrio de intereses.
- (iv) Siempre que sea posible, la adopción de reformas legislativas debería basarse en evidencia empírica, mas buena parte de los datos sobre el funcionamiento práctico del sistema no están a disposición de los encargados de proponer tales reformas.

¹¹ Pamela SAMUELSON, “Pushing Back on Stricter Copyright ISP Liability Rules”, *Michigan Technology Law Review* (2020) (en prensa) (disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3630700>).

- (v) La política legislativa sobre internet en la actualidad no puede ser un patrón único e igual para todos (*one size fits all*), sino que deben abordarse reglas específicas para diferentes tipos de sujetos implicados.

Tales principios habrían de guiar, según la Copyright Office, cualquier intervención legislativa de reforma de la sección 512 DMCA y, en particular, informar las propuestas de ajuste incluidas en el Estudio y que discutimos en el apartado siguiente.

3. Propuestas para una intervención legislativa de reforma de la sección 512 DMCA

3.1. Prestadores de servicios en línea afectados

(a) General

Según el Estudio la regulación originaria de los ámbitos de aplicación objetivo y subjetivo de la sección 512 DMCA pretendida por el Congreso era flexible y abierta, lo que ha permitido una interpretación extensiva por parte de los tribunales, pero acaso excesiva.

La sección 512 DMCA establece cuatro reglas de puerto seguro diferentes en función de la tipología de servicios prestados en línea¹². Siguen a ello dos consecuencias: primero, las reglas de puerto seguro solo alcanzan a determinados *online service providers* (OSPs) que realizan unas actividades en línea determinadas¹³; y segundo, las diferentes clases de OSPs se sujetan a requisitos diversos.

(b) Servicios de transmisión en redes de comunicación (sección 512(a) DMCA)

El Estudio examina, en primer lugar, la regla de puerto seguro en relación con la potencial responsabilidad por infracción de derechos de autor cuando un OSP transmita, encamine, o provea conexiones para contenidos por medio de un sistema o red controlada u operada por él, o por razón del almacenamiento intermedio y transitorio de dichos contenidos en el decurso de dicha transmisión, enrutamiento o provisión de conexiones. La regla afecta, por ejemplo, a proveedores que suministran conexión a internet.

Según la Copyright Office, los tribunales han ampliado excesivamente el ámbito de aplicación de esta regla más allá de los fines perseguidos por el Congreso en el momento de su promulgación. En este sentido, según el Estudio, el Congreso pretendía blindar a los encargados de proveer infraestructuras y hardware por los cuales podía circular incidentalmente el contenido infractor; mas los tribunales han recurrido a esta regla de puerto

¹² Se trata de los siguientes servicios: “Transitory Digital Network Communications” (Section 512(a)); “System Caching” (Section 512(b)); “Information residing on systems or networks at direction of users” (Section 512(c)); y “Information location tools” (Section 512(d)).

¹³ De forma general, para que un OSP pueda exonerarse de responder, deberán concurrir dos requisitos: 1) que el OSP cumpla con la definición de “service provider” establecida en la sección 512(k), y que la actividad prestada pueda encajar en uno de los cuatro apartados (a-d) de la sección; y 2) que el OSP cumpla con sus deberes respectivos, en particular, la adopción de las medidas técnicas necesarias y la implementación razonable de la política para infractores reincidentes.

seguro para amparar, por ejemplo, a redes de intercambio de archivos P2P, tanto aquellas que utilizan directamente su sistema como aquellas que proporcionan únicamente las conexiones para que sus usuarios realicen los intercambios (asunto *Aimster*¹⁴). También apunta el Estudio a las dudas que plantea la extensión de esta regla de puerto seguro a los procesadores de pago y a la necesidad de que futuros servicios prestados online deban quedar también cubiertos por ella.

(c) Servicios de memoria caché (sección 512(b) DMCA)

El Estudio se refiere a continuación a los OSPs que de forma temporal y transitoria almacenan en sus sistemas o redes contenidos infractores transmitidos por internet por un tercero a otro. El informe destaca que esta regla de puerto seguro ha recibido mucha menos atención judicial que las demás.

Los problemas se han centrado en la delimitación del carácter “temporal” del almacenamiento de los contenidos, acaso el factor crucial en la aplicación de este precepto. Uno de los ejemplos destacados fue el asunto *Field v. Google Inc.*¹⁵, en el cual el tribunal resolvió que un almacenamiento de 14 a 20 días era “temporary” y quedaba amparado bajo la sección 512(b). El Estudio señala que el carácter temporal del almacenamiento dependerá en esencia del contexto tecnológico de cada supuesto; esto es, aquello que era “temporary” para las capacidades tecnológicas y necesidades de 1998 ya no lo es en la actualidad, de la misma manera que tampoco se puede definir igual en relación con servicios prestados por una compañía o por los ofrecidos por un OSP no profesional. El Estudio aboga por clarificar este elemento y tener en cuenta los factores específicos de cada supuesto, entre otros, el contenido en cuestión y la naturaleza del servicio.

(d) Servicios de alojamiento de datos (sección 512(c) DMCA)

La regla de puerto seguro que permite a un OSP exonerarse de responder por los contenidos infractores que almacena en sus sistemas o redes siguiendo directrices de un usuario constituye, tal como señala el Estudio, el aspecto más controvertido y que ha sido objeto de un mayor desarrollo jurisprudencial.

La cuestión principal discutida en el Estudio es la interpretación de la expresión “*by reason of the storage*”. Según la Copyright Office, la interpretación desarrollada por los tribunales habría ampliado su alcance para cubrir actividades y servicios relacionados (“*related to*”) o conexos con el almacenamiento, de una manera que el Congreso no había previsto.

Así, a partir del asunto *UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks, Inc.* (“*Veoh I*”)¹⁶, los tribunales han venido construyendo una doctrina de “related-services”, según la cual tanto el sentido literal del precepto como la intención inicial del Congreso permiten interpretar que la regla de puerto seguro cubre no solamente un mero almacenamiento neutral sino que incluye también algunos actos adicionales de reproducción y transformación realizados por los usuarios. Por ejemplo, en asuntos como *Viacom International, Inc. v. YouTube, Inc.*, se han amparado por esta vía actividades como el “transcoding” (la posibilidad de realizar copias de vídeos en un

¹⁴ *Re Aimster Copyright Litig.*, 354 F.3d 643, 655 (7th Cir. 2003).

¹⁵ *Field v. Google, Inc.*, 412 F. Supp. 2d 1106, 1124 (D. Nev. 2006).

¹⁶ *UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks, Inc.*, 620 F. Supp. 2d 1081, 1089 (C.D. Cal. 2008) (“*Veoh I*”).

esquema de codificación distinto en plataformas de alojamiento de contenidos audiovisuales); o el “playback” (la entrega de vídeos a la caché del navegador del usuario bajo demanda)¹⁷.

Para la Copyright Office, la extensión de la regla de puerto seguro a actividades y servicios relacionados con el almacenamiento es excesiva: incluso en el caso de que la intención del Congreso hubiese sido ampliar el alcance de la regla para cubrir servicios conexos, ello no permitiría una extensión tan amplia que incluyera la prestación de servicios adicionales al acceso tales como la selección, promoción y recomendación de videos determinados o la transformación de contenidos¹⁸.

Por ello, el Estudio concluye que la expresión “by reason of the storage” empleada en la sección 512 DMCA no puede equivaler a “services related to the storage” y exonerar de responder a OSPs por la realización de actividades o la prestación de servicios relacionados o conexos. En consecuencia, propone que el legislador aclare el alcance de la expresión para así dotar de mayor seguridad jurídica a los tribunales en la aplicación de la norma a nuevos desarrollos técnicos.

(e) Herramientas de búsqueda de información (sección 512(d) DMCA)

La sección 512(d) DMCA establece una última regla de puerto seguro para OSPs que, por medio de herramientas de búsqueda de información, ofrezcan vínculos o remitan a sus usuarios a sitios en línea que incluyan contenido o actividades infractores de derechos de autor.

El Estudio destaca que, al igual que los servicios de memoria caché, los de búsqueda han recibido también poca atención judicial. La interpretación dominante ha incluido en su ámbito de aplicación no solo a servicios web tradicionales, como los motores de búsqueda, sino también servicios que permiten a los usuarios interactuar y acceder a contenidos que corresponden a sus gustos mutuos disponibles en la web de dicho servicio (*social bookmarking service*). También se han incluido en su ámbito de aplicación sitios web de archivos Torrent, aunque en estos casos, destaca el Estudio, sus operadores no podrían exonerarse de responder al no actuar después de tener conocimiento de circunstancias suficientes que permitían inferir que sus servicios se utilizaban para infringir derechos de propiedad intelectual.

¹⁷ *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc.*, 718 F. Supp. 2d 514 (S.D.N.Y. 2010). En el caso en cuestión, el demandado Youtube realizaba tres tipos de operaciones: el “transcoding”, el “playback” y los “related videos”, y alegó que se realizaban por razón del almacenamiento (“by reason of the storage”). El Tribunal le dio la razón y argumentó que estas eran funciones automatizadas y que, si no se pudieran acoger al “safe harbor”, se estaría vaciando de contenido a la protección establecida en la sección 512(c) DMCA. No obstante, para justificar la protección de los “related videos” se realizó una justificación más compleja: “*In short, the Second Circuit held that the related videos feature falls under the section 512(c) safe harbor because it is automated, responsive to user inputs, and helps users locate and access user-stored videos; thus, it “is closely related to, and follows from, the storage itself,” and is “narrowly directed toward providing access to material stored at the direction of users.”*”

¹⁸ Según el Estudio, “[...] *the algorithm used by YouTube to identify “related” clips has the ultimate effect of promoting specific content to a given user. By mechanizing a function that in the early days of the internet would have been done by the OSP’s employees (much as early search engines were created by hand, rather than the use of web crawlers), YouTube’s software—and similar content-curating and promoting software on other platforms—may go beyond what Congress intended when it sought to protect an OSP from liability for “storage at the direction of a user of [potentially infringing] material.”*

3.2. Grados de conocimiento exigido: conocimiento efectivo y conocimiento aparente

Las reglas de puerto seguro para prestadores de servicios de alojamiento y de herramientas de búsqueda de información condicionan la exención de responsabilidad a la actuación diligente y sin demora (*expeditiously*) de un OSP para eliminar o deshabilitar el acceso a un contenido infractor después de conocer efectivamente que un contenido o una actividad que se beneficia de su servicio son infractores o después de estar al caso de hechos o circunstancias a partir de las cuales inferir una actividad infractora. Esto es, las reglas de puerto seguro refieren dos formas de conocimiento: conocimiento efectivo (*actual knowledge*) y conocimiento aparente o presunto (*red flag knowledge*).

El Estudio destaca que la intención del Congreso no fue imponer una obligación general de supervisión para controlar si se sucedían infracciones, sino imponer un deber de actuación a los OSPs después de adquirir conocimiento efectivo o aparente. Señala, asimismo, que buena parte de la litigación de los últimos veinte años se ha centrado en delimitar los requisitos de las diferentes formas de conocimiento previstas en la sección 512 DMCA y establecer qué formas permiten la adquisición de conocimiento.

En la práctica ha suscitado mucha controversia la distinción entre conocimiento efectivo y conocimiento aparente. Tanto titulares de derechos como OSPs han venido discutiendo su significado y las consecuencias de tal distinción. Los tribunales, al delimitar estas cuestiones han definido “actual knowledge” como conocimiento efectivo por parte del OSP de una actividad infractora específica¹⁹. Así, en el asunto *Viacom International, Inc. v. YouTube, Inc.*, al que ya nos hemos referido, el tribunal señaló que el “actual knowledge” se presta a un estándar subjetivo, basado en si el OSP conocía la concreta infracción llevada a cabo por un usuario del servicio. A la hora de definir “red flag knowledge”, los tribunales se han referido a un doble estándar objetivo y subjetivo: es objetivo cuando se analiza si hechos o circunstancias permitirían a una persona razonable inferir una actividad infractora específica; y es subjetivo si se examinan las condiciones esperables de conocimiento del OSP demandado. En consecuencia, como señaló el tribunal en *Viacom*, el conocimiento aparente, al recurrir a la noción de un OSP razonable ideal, puede incluir más supuestos que los derivados de una regla de conocimiento efectivo.

Para el Estudio de la Copyright Office, no resulta claro si las distinciones que han venido realizando los tribunales han seguido la intención inicial del Congreso y han sido útiles. Aunque teóricamente parece evidente la distinción entre una y otra forma de conocimiento, prosigue el Estudio, en la práctica es muy difícil de distinguir: en una mesa redonda realizada en abril de 2019 en Washington D.C., sus participantes fueron incapaces de mencionar un ejemplo de una actividad que fuese menos que “actual knowledge” pero que crease “red flag knowledge” con arreglo a las interpretaciones judiciales actuales de estos términos.

El Estudio también critica que los tribunales hayan interpretado que el conocimiento aparente se haya de referir a una concreta actividad infractora y no, en general, a inferir que los servicios en cuestión se utilizan para infringir derechos de autor. Para la Copyright Office, este estándar

¹⁹ *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC*, 718 F.3d 1006, 1031–33 (9th Cir. 2013) (“Veoh IV”).

se eleva de tal modo que, en la práctica comporta proteger actividades más allá de lo pretendido por el Congreso.

Es por todo ello que la Copyright Office recomienda que, si el Congreso quiere dar un sentido distinto a ambos conocimientos, debería hacerlo con una reforma que clarificase el lenguaje. Propone tener en cuenta las circunstancias del caso y, en especial, los distintos tipos y tamaños de OSPs. Asimismo, sugiere que la intervención legislativa podría aclarar las relaciones entre la falta de un deber general de supervisión de contenidos y la prestación de servicios de alojamiento y de herramientas de búsqueda de información en internet²⁰.

3.3. Deberes de diligencia de los titulares de derechos al solicitar la retirada o bloqueo de los contenidos infractores

El sistema básico articulado por la sección 512 DMCA para acreditar el conocimiento por un OSP de que usuarios de sus servicios infringen derechos de autor es el mecanismo de requerimiento de retirada de los contenidos (*takedown notice*). Para que este requerimiento enviado por el titular de los derechos supuestamente infringidos o su representante sea efectivo, el apartado (c)(3)(A) de la norma exige que incluya una serie de elementos:

- (i) *the signature of the copyright owner or authorized agent;*
- (ii) *identification of the copyright-protected work allegedly infringed or, for multiple works, “a representative list”;*
- (iii) *identification of the infringing material or activity sufficient for the OSP to locate the material;*
- (iv) *contact information for the copyright owner or authorized agent;*
- (v) *a statement of “a good faith belief that use of the material in the manner complained of is not authorized by the copyright owner, its agent, or the law”;* and
- (vi) *a statement that the information is accurate and, under penalty of perjury, that the complaining party is authorized to act*²¹.

Según pone de relieve el Estudio, estos elementos no han suscitado demasiadas controversias salvo las nociones de “representative list” (sección 512(c)(3)(A)(ii)) y de “identifiable location” (sección 512(c)(3)(A)(iii)). La noción de “representative list” consistiría en la identificación de las obras protegidas por derechos de autor que se alega se habrían infringido y la idea de “identifiable location” se centra en la información suficiente para habilitar que el OSP requerido pueda encontrar el sitio específico donde se hallan los contenidos infractores específicos.

²⁰ No tratamos en esta Nota las apreciaciones que realiza el estudio sobre el grado de conocimiento exigible en la doctrina prevista en el *common law* sobre ceguera voluntaria (*willful blindness*) y para la aplicación de doctrinas sobre vicarious liability fundadas en la obtención de beneficios de la actividad infractora y las posibilidades de control.

²¹ No obstante, la norma prevé un “substantial compliance standard”, para que errores técnicos, como escribir de forma errónea un nombre, no penalicen ni a titulares de derechos, ni a OSPs. En este sentido, la sección 512(c)(3)(B)(II) establece que si la comunicación cumple con las condiciones (ii), (iii) y (iv), aunque no con las demás, se considerará que el OSP ha adquirido conocimiento efectivo o aparente de la infracción, salvo que sin demora contacte con la persona que ha realizado el requerimiento para ampliar la información o que adopte las medidas necesarias para fomentar que el requerimiento sea completo.

Si bien la distinción parece sencilla, los conceptos sobre los que recaen ambos –obras supuestamente infringidas y contenidos infractores- se han confundido y titulares de derechos y OSPs han discutido extensamente sobre ellos. Los OSPs han tendido a exigir la mayor concreción posible sobre las obras supuestamente infringidas y sobre la URL que les permita identificar todos y cada uno de los contenidos infractores. Por su parte, los titulares de derechos señalan que cumplir escrupulosamente con este deber es imposible y poco práctico, ya que en la mayoría de supuestos, hay multiplicidad de infracciones y los titulares de derechos no disponen de tiempo, dinero y recursos para poder ser tan específicos. Los tribunales suelen seguir mayoritariamente la posición de los OSPs y exigir una identificación completa de ambos elementos²².

Para el Estudio, estas controversias derivan de la redacción ambigua de la sección 512(c)(3)(A) y que ha llevado a un desequilibrio entre derechos y deberes de los OSPs y titulares de derechos de autor. En particular, una de las cuestiones básicas es determinar si, para una correcta notificación, resulta necesario identificar una URL específica para permitir localizar individualmente cada uno de los contenidos infractores o si esta es solo una posibilidad y caben otras formas de comunicación. Con todo, el Estudio no aboga por el establecimiento por ley de requerimientos de retirada y bloqueo preventivo (*notice and staydown*).

Otro de los problemas que destaca el Estudio se refiere al incremento de cargas que han impuesto algunos OSPs para tramitar las notificaciones recibidas. Por ejemplo, en algunos casos, se requiere, después de recibir un requerimiento, la aportación de información adicional que acredite la titularidad de los derechos supuestamente infringidos. Ello ha redundado en un incremento del tiempo y esfuerzo, especialmente para titulares menos sofisticados y que no cuentan con economías de escala en la protección de sus derechos de propiedad intelectual. Pero además y sobre todo, no están claras las consecuencias jurídicas de que un OSP se niegue a retirar o bloquear un contenido infractor alegando que el reclamante no ha cumplido con las cargas adicionales impuestas por el intermediario. Por una parte, el OSP formalmente colabora con el titular de los derechos que ha enviado el requerimiento; pero por otra parte, añadir requisitos a los previstos en la ley y que ralentizan el proceso puede contradecir la voluntad del legislador de que los OSPs reaccionen sin demora.

El Estudio también destaca que, a pesar de que muchos OSPs utilizan formularios web para el envío de las notificaciones de retirada, estos son en ocasiones difíciles de localizar en el sitio web del OSP o su uso es demasiado fatigoso. El Estudio recomienda que el Congreso clarifique el lenguaje de la sección 512(c)(2) DMCA para establecer que la información sobre requerimientos pueda mostrarse de una forma “prominente” y que delegue a la Copyright Office para la elaboración de formularios y prácticas estandarizados.

²² La discusión no ha sido menor en las Cortes. La “Office” solo ha podido encontrar dos casos en que se aceptase que el contenido de una “representative list” era suficiente. En general, los tribunales han rechazado los intentos de los titulares de derechos de realizar un análisis colapsando los requisitos de ambos conceptos: “*a bare list of musical artists whose songs were allegedly linked to did not constitute a representative list of works, or notice equivalent to a list of representative works that can be easily identified by the service provider*” (*Arista Records, Inc. v. MP3Board, Inc.*, No. 00 CIV. 4660, 2002 WL 1997918, at *15 (S.D.N.Y. Aug. 29, 2002)). En algún caso excepcional, algún tribunal ha relajado los deberes de identificación: “*when a letter provides notice equivalent to a list of representative works that can be easily identified by the service provider, the notice substantially complies with the notification requirements.*” (*ALS Scan, Inc. v. RemarQ Cmtys., Inc.*, 239 F.3d at 625 (4th Cir. 2001)).

3.4. *Misrepresentation* y abuso de derecho en la tutela de los derechos de autor

(a) *Estándar requerido*

La sección 512(f) DMCA establece una acción de daños y perjuicios contra quien a sabiendas realiza manifestaciones falsas acerca del carácter infractor de un determinado contenido o actividad o que lleven a su incorrecta retirada o bloqueo. Aunque cualesquiera participantes en la actividad pueden llegar a responder civilmente, el precepto persigue sobre todo disuadir el envío de falsas reclamaciones por parte de titulares de derechos o sus representantes.

Los tribunales han aplicado de forma generalizada un estándar de conocimiento subjetivo para determinar si el remitente de la información conocía su falsedad y no otro objetivo basado en la percepción de una persona razonable. Por ejemplo, en *Lenz v. Universal Music Corp.*²³, el tribunal resolvió que un remitente debería responder con arreglo a la sección 512(f) DMCA si conociera efectivamente que sus afirmaciones sobre el carácter infractor de un contenido eran falsas o si evitó informarse suficientemente (doctrina de la *willful blindness*)²⁴.

El Estudio señala que para muchos OSPs este estándar subjetivo es poco eficaz para evitar notificaciones falsas o abusivas. La cuestión reside en los problemas para probar si el autor de unas manifestaciones claramente irrazonables desde un punto de vista objetivo conocía o no su falsedad. El texto de la sección 512, sin embargo, manifiesta que la intención del Congreso era la de excluir la aplicación de un estándar objetivo en este ámbito. La Copyright Office propone, para el caso de que el Congreso decidiera modificar el estándar a cumplir por parte del remitente, que considere hacerle responder por descuidos temerarios (*reckless disregard*) en la corrección y precisión de los requerimientos y otras declaraciones.

(b) *Misrepresentation* y usos legítimos

El alcance de los deberes de buena fe en la aplicación del sistema articulado por la sección 512 DMCA es otro aspecto que destaca el Estudio. Con arreglo a la sección 512(c)(3)(A)(v), el remitente de un requerimiento ha de incluir una declaración firmada, bajo perjurio, según la cual cree de buena fe que el uso del contenido no ha sido autorizado por el titular de los derechos o su representante ni está permitido por la ley.

En el asunto *Lenz*, el tribunal consideró que a la hora de realizar tal manifestación el remitente ha de considerar los posibles usos legítimos (*fair use*) de una obra al tratarse de un uso con amparo legal. En caso contrario, podría llegar a responder por los daños y perjuicios causados con el envío de una reclamación abusiva. El tribunal matizó que el remitente no debía realizar un examen exhaustivo de la cuestión antes de enviar la notificación, pero que la falta de toda consideración sobre *fair use* podría resultar en responsabilidad civil. Según el Estudio, este fallo ha generado mucha incertidumbre a los titulares de derechos, que se ha proyectado sobre

²³ *Lenz v. Universal Music Corp.*, 815 F.3d (9th Cir. 2016).

²⁴ No todos los errores en una notificación comportarán responsabilidad para su remitente. Así, en el asunto *Rossi v. Motion Picture Ass'n of Am., Inc.*, 391 F.3d 1000 (9th Cir. 2004), el remitente no ha de responder por un error del que no tenía conocimiento cometido por el titular de los derechos de autor que había actuado de forma negligente.

diversos aspectos: el nivel requerido de los esfuerzos de tiempo y recursos para investigar previamente la posibilidad de que un uso pudiera ser legítimo; la gran complejidad de determinar en muchos casos cuando un uso es legítimo; y la realización de tales tareas cuando se emplean sistemas automatizados de tutela de derechos de autor para el envío de notificaciones.

Para el Estudio, el tribunal en *Lenz* exporta el estándar de buena fe, previsto en la sección 512(c)(3)(A) como uno de los requisitos formales de la notificación, al ámbito de la *misrepresentation*. En otros términos, el Tribunal atribuye a una manifestación contraria a la buena fe, no únicamente efectos sobre la validez de la declaración, sino también consecuencias indemnizatorias. Tal deber de compensar podría darse con independencia de si el contenido reclamado infringe o no derechos de autor: así pues, en la interpretación de la doctrina del caso dada por el Estudio, si ante una infracción clara de derechos de autor el reclamante no realiza ninguna valoración mínima acerca de un posible *fair use*, perdería su derecho a reclamar y podría llegar a responder. Por ello, la Copyright Office propone que el Congreso examine los desarrollos judiciales de *Lenz* y que eventualmente clarifique el texto de la norma.

3.5. Tiempo de reacción de los OSPs

El Estudio dedica también páginas a discutir el requisito de que, para exonerarse de responder, los OSPs procedan sin demora (“expeditiously”) a eliminar o bloquear un contenido infractor luego de adquirir conocimiento efectivo o aparente de ello.

Para la Copyright Office, la intención inicial del Congreso no fue establecer un plazo uniforme sino permitir flexibilidad en atención a las circunstancias fácticas y parámetros técnicos de cada caso²⁵. El Estudio recomienda seguir con este estándar de flexibilidad o establecer un marco regulatorio que actualice los plazos temporales más en línea con las prácticas habituales hoy en día.

Señala el Estudio otro problema relativo a los plazos para dar respuesta a un requerimiento. La sección 512(g)(2)(C) DMCA establece que si, después de retirar o bloquear un contenido e informar al usuario supuestamente infractor, este se opone al requerimiento (*counter-notice*), el OSP deberá volver a facilitar el acceso al contenido en un plazo de entre 10 y 14 días salvo que el titular de los derechos formule una demanda judicial en este período. La Copyright Office considera, por un lado, que este plazo es excesivo para desbloquear un contenido legítimo y, por otro lado, es a todas luces insuficiente para preparar un pleito federal por infracción de derechos de autor. La Copyright Office recomienda considerar los referidos plazos y articular un sistema de resolución alternativa de conflictos en este ámbito.

3.6. Infractores reincidentes

La sección 512(i) DMCA estableció que los OSPs habían de adoptar e implementar, de forma razonable, políticas que prevean en circunstancias apropiadas la terminación del acceso del

²⁵ Ejemplos de factores que pueden considerarse para valorar si una reacción de un OSP se produce sin demora son la precisión y exhaustividad de un requerimiento o el tipo de contenido infractor (por ejemplo, como han destacado algunos tribunales, la reacción debería ser casi instantánea si se trata de emisiones en directo tales como eventos deportivos).

suscriptor o titular de la cuenta que sea infractor reincidente en el sistema o red del OSP, después de haber sido informados suficientemente. Se trata de un requisito necesario, junto a otras medidas técnicas, que debe cumplir un OSP para poder recurrir a las exoneraciones de responsabilidad previstas legalmente.

La noción de “repeat infringer” no viene definida en la ley y los tribunales han dejado a la discreción de los OSPs determinar su alcance²⁶. Así pues, alrededor de esta previsión surgen múltiples dudas. La sección 512(i) DMCA tampoco define “adopted” ni “reasonably implemented”, ni proporciona ejemplos de circunstancias que justificarían cerrar una cuenta. Tampoco cuantifica el número de infracciones para establecer su carácter repetido, ni aclara si la determinación de si un infractor es reincidente debe hacerla necesariamente un juez. Por todo ello, señala el Estudio, los titulares de derechos de autor siguen pidiendo mayor seguridad jurídica y apuntan a que cualquier usuario puede sortear la política de infractores reincidentes de un OSP, solamente creando una cuenta nueva y cambiando su nombre. Por otro lado, según la Copyright Office, los OSPs manifiestan que, a pesar de la ambigüedad de la sección 512, la jurisprudencia ha proporcionado guías suficientes y que no siempre ha actuado en su favor²⁷.

El Estudio se refiere principalmente a los aspectos siguientes:

- (i) Aboga por una definición de la noción de “repeat infringer” caso por caso a examinar por parte de los OSP, pero que no requiera que el infractor haya sido previamente calificado como reincidente por un tribunal.
- (ii) Por lo que se refiere a las nociones de “adopted” y “reasonably implemented”, el Estudio señala que según el entendimiento judicial del precepto resulta suficiente para un OSP contar con una política no escrita cuyos detalles no se comunican a los usuarios de sus servicios²⁸. Ello conlleva desvirtuar los efectos disuasorios que perseguía obtener el Congreso obligando a la adopción e implementación de estas políticas. Por ello, el Estudio propone exigir a los OSPs disponer de políticas de reincidencia claras, documentadas y disponibles.
- (iii) Señala también el Estudio que urge que el Congreso clarifique cuáles han de ser las “appropriate circumstances” que justificarían la terminación de una cuenta de usuario, a partir de actos de infracción repetidos, y si dichas circunstancias apropiadas pueden

²⁶ La deferencia a los OSPs tiene mucho sentido. El Estudio cita, por ejemplo, el caso de las universidades que proveen acceso a internet y servicios de red a sus estudiantes. A pesar de que haya estudiantes que utilicen los servicios para infringir, resulta imperioso que puedan seguir teniendo acceso y utilizar las herramientas facilitadas para su formación.

²⁷ Se refieren a los asuntos *BMG Rights Mgmt. (US) LLC v. Cox Commc'ns* (4th Cir. 2018) (“Cox”) y *BMG Rights Management (US) LLC v. Cox Communications, Inc.*⁵¹⁷ y *UMG Recordings Inc. v. Grande Commc'ns Networks, Inc.*, 384 F. Supp. 3d 743 (W.D. Tex. 2019) (“Grande Commc'ns”), asuntos en los cuales, en su opinión, se malinterpretó la definición de infractor reincidente para incluir infractores cuya reincidencia no hubiera sido establecida por un tribunal.

²⁸ En el caso *Motherless*, se consideró por la Corte cumplido el requisito de implementación existiendo una política de infractores reincidentes sin escribir, de una manera poco sistemática y casual (*Ventura Content, Ltd. v. Motherless, Inc.*, 885 F.3d 597, 617–18 (9th Cir. 2018), cert. denied, 139 S. Ct. 419 (2018)).

darse incluso en ausencia de una notificación formal de retirada enviada por el titular de derechos de propiedad intelectual infringidos²⁹.

3.7. Obtención de información mediante *subpoenas* para identificar infractores

La sección 512(h) DMCA permite a los titulares de derechos de autor solicitar una diligencia judicial (*subpoena*) por la cual se ordene a un OSP que facilite información acerca de la identidad de un infractor.

Según el Estudio, los tribunales han interpretado de forma restrictiva los requisitos para utilizar este mecanismo. Además, en la práctica, será habitual que cuando se solicite la información, el OSP ya la haya eliminado de sus sistemas o que los datos que pueda ofrecer sean de escasa utilidad. También, los procedimientos para solicitar una *subpoena* se han ralentizado y burocratizado en exceso según el Estudio. Todo ello contribuye a que se trate de un mecanismo costoso e ineficaz.

Desde el punto de vista exegético, la regulación de este mecanismo plantea una cuestión adicional. Según el Estudio, el texto legal es insuficiente para determinar si estas diligencias de obtención de información pueden utilizarse frente a cualesquiera tipos de prestadores de servicios online y, en particular, frente a prestadores de servicios de transmisión en redes de comunicación. A pesar de que algunos tribunales han resuelto que no puede recurrirse a *subpoenas* frente a estos últimos prestadores³⁰, el Estudio señala que es precisamente frente a ellos donde el mecanismo puede resultar de más utilidad, en especial, para identificar usuarios de BitTorrent y otros programas P2P similares para compartir archivos. La Copyright Office sugiere al Congreso que aclare los OSPs potencialmente destinatarios de estas medidas.

3.8. Interacción con las órdenes de cese dirigidas a intermediarios

Con arreglo a la sección 512(j) DMCA, los titulares de derechos infringidos podrán ejercer acciones judiciales de cese previstas en la sección 502 (*injunctions*), tanto definitivas como cautelares, contra los OSPs. Esta tutela negatoria, con intervención judicial, es diferente al cese de una actividad infractora que deriva del envío de un requerimiento extrajudicial de retirada. Sin embargo, los titulares de derechos de autor suelen quejarse de que los tribunales han interpretado el alcance de estas acciones de un modo restrictivo y como un reflejo de los requerimientos de retirada. Por su parte, los OSPs argumentan que una interpretación más amplia de su alcance les privaría en la práctica de la regla de puerto seguro.

²⁹ Otra vez, la norma legal carece de definiciones expresas y los tribunales han venido adoptando soluciones *ad hoc*. Por ejemplo, en *Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc.*, 213 F. Supp. 2d 1146, 1177 (C.D. Cal. 2002) (“Cybernet”), se estableció que constituyen “circunstancias apropiadas” a los efectos de la sección 512(i) DMCA que justifican el cierre de una cuenta, como mínimo, los supuestos en los cuales un proveedor de servicios recibe pruebas suficientes como para tener un conocimiento real de infracciones flagrantes y repetidas por parte de determinados usuarios, en particular, infracciones de carácter intencional y con ánimo de lucro.

³⁰ Por ejemplo, en *Recording Indus. Ass'n of Am., Inc. v. Verizon Internet Servs., Inc.*, 351 F.3d 1229, 1236 (D.C. Cir. 2003), el Tribunal estableció que: “a subpoena may be issued only to an OSP engaged in storing on its servers material that is infringing or the subject of infringing activity”.

La Copyright Office considera innecesaria una intervención legal en estos momentos pero recomienda al Congreso que esté atento a los desarrollos judiciales sobre estas acciones. Por otra parte, la Copyright Office señala que para el caso en el cual el Congreso considerara ampliar el abanico de acciones de cesación en manos de los propietarios de derechos de autor, debería clarificar la distinción entre el cese de una actividad infractora derivado de un requerimiento de retirada o derivado de una orden judicial.

3.9. Propuestas no jurídicas

Más allá de las propuestas orientadas a reformar y mejorar la sección 512 DMCA, el Estudio también plantea otras aproximaciones no jurídicas centradas en tres ámbitos:

- (i) Mejora de la información disponible para usuarios y público en general: la Copyright Office sugiere la preparación y difusión de materiales educativos sobre el sistema previsto en la sección 512 DMCA⁵¹.
- (ii) Fomento de la cooperación voluntaria: la Copyright Office sugiere que, aunque podría implicarse activamente, son los diferentes participantes interesados en el sistema de *notice-and-takedown* quienes habrán de colaborar voluntariamente y de forma proactiva para identificar aquellos aspectos técnicos y procesales que contribuyan a mejorar su funcionamiento.
- (iii) Identificación de medidas técnicas estándar: para exonerarse de responder, los OSPs deberán respetar las medidas técnicas de protección adoptadas por titulares de derechos de autor, que según la sección 512(i)(2), se definen como medidas desarrolladas con un consenso amplio entre titulares y OSPs por medio de procesos abiertos, voluntarios, justos y multisectoriales; que estén disponibles para cualquier persona bajo condiciones razonables y no discriminatorias; y que no impongan costes o cargas excesivos para los OSPs o sus sistemas y redes. El Estudio destaca el escaso consenso acerca de la eficacia de muchas de estas medidas, como por ejemplo, en relación con los sistemas de huellas digitales y filtros. Por ello, la Copyright Office sugiere la necesidad de colaboración para identificar medidas técnicas que puedan implementarse y estandarizarse en este ámbito.

⁵¹ Un ejemplo de ello sería un sitio web que prepara la Copyright Office sobre el sistema de “notice-and-takedown”: copyright.gov/DMCA.