

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Estudio sobre el régimen de eximentes de responsabilidad
por infracciones de derechos de autor: Caso TikTok**

Esteban Nicolás Pérez Almeida

Derecho

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de
Abogado

Quito, 19 de noviembre de 2021

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Esteban Nicolás Pérez Almeida

Código: 00200779

Cédula de identidad: 1722509724

Lugar y fecha: Quito, 19 de noviembre de 2021

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

**ESTUDIO SOBRE EL RÉGIMEN DE EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD POR
INFRACCIONES DE DERECHOS DE AUTOR: CASO TIKTOK¹.
STUDY ON THE LIABILITY EXCEPTIONS SCHEME FOR INFRINGEMENT OF
INTELLECTUAL PROPERTY: TIKTOK CASE.**

Esteban Nicolás Pérez Almeida²
estpanic@gmail.com

Resumen

El presente ensayo, desarrolla el régimen de eximentes de responsabilidad que se aplica a los proveedores de servicios en internet, cuando sus usuarios infringen derechos de autor. En este sentido, se tomó en cuenta las disposiciones normativas del Digital Millennium Copyright Act, que prescriben las condiciones por las cuales un proveedor de servicios, no será imputado por hecho ajeno. Las estipulaciones del Digital Millennium Copyright son incorporadas por medio de las cláusulas de los términos de servicio y la implementación de medidas técnicas para detectar automáticamente material infractor. El objeto de estudio del presente ensayo, será la plataforma digital TikTok que permite a sus usuarios crear y compartir contenido audiovisual de diversa índole. En ese sentido, se busca responder a la siguiente pregunta; ¿es eficaz la implementación del régimen de eximentes de responsabilidad del Digital Millennium Copyright Act respecto a la protección de derechos de autor en TikTok?

Palabras Clave

Proveedores de servicio en internet, TikTok, Safe Harbors, infracciones de derechos de autor, responsabilidad civil.

Abstract

The current essay develops the liability exemption regime that applies to Internet Service Providers, when the platform users commit copyright infringement. In this regard, the normative provisions of the Digital Millennium Copyright Act, were considered, as they prescribe the conditions under which the service provider will not be held liable for the acts of others 'secondary liability'. In practice, the Digital Millennium Copyright Act stipulations are incorporated by means of terms of service clauses and the implementation of technical measures to automatically detect infringing material. Thus, the object of study of this essay will be the digital platform TikTok, since it allows its users to create and share audiovisual content of various kinds. Therefore, the aim of this paper is to answer the following question: does the implementation of the Digital Millennium Copyright Act liability exceptions schemes is effective with respect to copyright protection in TikTok?

Key Words

Internet service providers, TikTok, Safe Harbors, copyright infringement, civil liability.

**FECHA DE LECTURA: 19 DE NOVIEMBRE DE 2021
FECHA DE PUBLICACIÓN: 19 DE NOVIEMBRE DE 2021**

¹Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por María de los Ángeles Lombeyda Araujo.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

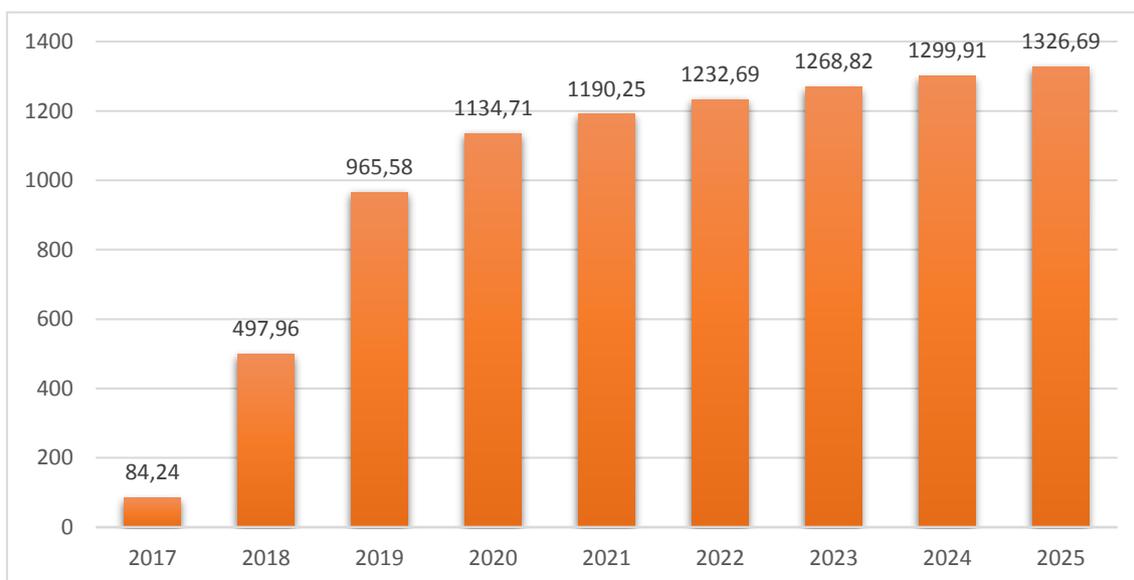
SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN.-2.MARCO NORMATIVO.-3.MARCO TEÓRICO.-3.1TEORÍA CLÁSICA.-3.2.TEORÍA TECNOCRÁTICA.-4.ESTADO DEL ARTE.-5.DESARROLLO.-5.1.1.LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS EN INTERNET.-5.1.2.EL RÉGIMEN DE LAS SAFE HARBORS Y LA TAKEDOWN NOTICE.-5.1.3.JURISPRUDENCIA DESTACADA.-5.1.4.FALENCIAS EN EL SISTEMA DE LAS SAFE HARBORS.-5.2.LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS Y EL DMCA.-5.2.1.LOS TÉRMINOS DE SERVICIO.-5.2.2.LOS TÉRMINOS DE SERVICIO EN TIKTOK.-5.3 TIKTOK Y LAS INFRACCIONES DE AUTOR.-5.3.1.-DATOS DE TIKTOK.-6.CONCLUSION.-6.1.LIMITACIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El aislamiento a consecuencia de la pandemia de Covid-19 generó una serie de cambios en nuestro día a día. Es así, que se puede evidenciar la creciente influencia de la virtualidad en diversos ámbitos como el laboral, las relaciones interpersonales o las formas de entretenimiento³. Justamente, es el entretenimiento virtual el que ha visto su auge por medio de la descarga masiva de aplicaciones móviles. En este contexto, la plataforma digital TikTok toma protagonismo como una de las principales aplicaciones de entretenimiento especialmente entre los jóvenes.

Gráfico 1: Número de Usuarios de TikTok en Millones (2017-2025)



³Natalia Tamara Quiroz, "TikTok: La Aplicación Favorita Durante la Pandemia", en *Revista Argentina de Estudios de Juventud*, (Buenos Aires: Universidad Nacional de la Plata, 2020).

Fuente: Cuadro realizado a partir de la información obtenida de Statista⁴.

TikTok es un producto de la empresa de tecnología ByteDance Ltd., que se dedica a gestionar plataformas digitales cuyo contenido es de diversa índole⁵. Su plataforma insignia TikTok, fue creada en el año 2017 con el objetivo de generar una comunidad a escala global, que comparta intereses en común por medio de la creación y compartición de material audiovisual de corta duración.

Respecto a su funcionamiento, en rasgos generales la aplicación permite a sus usuarios grabar, editar y compartir videos de quince segundos hasta tres minutos, estos videos cortos pueden ser editados con una diversidad de efectos de sonido, fondos de pantalla e incluso extractos de canciones⁶. Además, es posible interactuar ya sea con los videos publicados o directamente con otros usuarios por medio de aplicaciones, sitios web o servicios online que provee la plataforma.

TikTok funciona como un intermediario cuyos servicios involucran el acceso y alojamiento de contenido generado por los usuarios, efectúa labores de *hosting*, convirtiéndolo en un proveedor de servicios en internet, ISP.

Debido a la naturaleza del contenido audiovisual que se encuentra en Tiktok, que consiste en videos que surgen de la creatividad de sus usuarios, cabe plantear si es posible aplicar un régimen de derechos de autor a los mismos. La respuesta es positiva, sin lugar a duda. En ese sentido, los términos y condiciones de Tiktok hacen mención especial a los derechos de autor y a la expresa prohibición de publicar cualquier material que infrinja derechos de autor en la plataforma⁷.

En consecuencia, el presente trabajo se centrará en analizar cuál es el régimen de responsabilidad de la plataforma Tiktok, cuando uno de sus usuarios sube a la plataforma contenido infractor. Así mismo, verificar si las medidas aplicadas por Tiktok son suficientemente eficaces para resolver las denuncias por infracciones de derechos de autor dentro de su plataforma.

Para el efecto, la metodología que será aplicada en el presente trabajo consiste principalmente en un análisis de derecho comparado debido a que las plataformas

⁴Statista, *Número de usuarios activos mensuales (MAU) de TikTok a nivel mundial desde 2017 hasta 2025*, (2017). Disponible en: <https://es.statista.com/estadisticas/600712/ranking-mundial-de-redes-sociales-por-numero-de-usuarios/>, (Último acceso: 25/10/2021).

⁵La Transparencia en TikTok, TikTok y ByteDance, (2021). Disponible en: <https://www.tiktok.com/transparency?lang=es>. Último acceso: (30/10/2021).

⁶La Transparencia en TikTok, TikTok y ByteDance, (2021)- Disponible en: <https://www.tiktok.com/transparency?lang=es>, (Último acceso: 30/10/2021).

⁷ Ibid.

digitales en materia de propiedad intelectual se rigen bajo la normativa estadounidense. Así mismo, existirá un análisis cuantitativo y cualitativo de los datos referentes a infracciones de derechos de autor que suceden dentro de la plataforma.

2. Marco Normativo

Con el objetivo de acoplar la normativa de los derechos de autor a las nuevas tecnologías de la sociedad de la información, el Congreso de los Estados Unidos de América promulgó la *Digital Millennium Copyright Act*, DMCA, en el año 1998. Es así que, los proveedores de servicios en internet, ISP, tuvieron que acogerse a lo prescrito por la DMCA y por supuesto la plataforma digital TikTok también está sujeta a estas disposiciones legales.

Una de las novedades que se introdujeron en la DMCA⁸, fue el régimen de eximentes de responsabilidad de los ISP, que incluye el sistema *takedown notice*, TN, que permite a los titulares de obras protegidas bajo derechos de autor, notificar a la ISP de un uso indebido o no autorizado. El régimen antes mencionado, será desarrollado en otro apartado del presente trabajo.

De igual manera, la Unión Europea en un primer momento, promulgó la Directiva 2000/31/EC con el fin de regular el comercio electrónico. Su artículo 14⁹, prescribe eximentes de responsabilidad de las ISP cuando su servicio consiste en alojar datos, destacando dos requisitos: conocimiento efectivo de la existencia de una actividad ilícita y celeridad para retirar los datos que infringen los derechos de autor.

En el año 2019 se promulgó la Directiva 2019/790¹⁰ relativa a los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital. Esta normativa, añade un requisito adicional para que se configure el eximente de responsabilidad para las ISP: la obtención de la autorización expresa de los titulares de derechos de autor cuando se desee poner a disposición la obra protegida. Esta modificación incita a los ISP a celebrar acuerdos de licencias con los titulares.

⁸ Sección 512. Digital Millennium Copyright Act. H.R.2281 — 105th Congress (1997-1998)

⁹ Art. 14. Directiva 2000/31/EC 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 (Directiva sobre el comercio electrónico). Diario Oficial n° L 178 de 17/07/2000 p. 0001 – 0016.

¹⁰ Considerando 65. Directiva 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. Diario Oficial de la Unión Europea, L 130, 17 de mayo de 2019.

En el contexto nacional, la derogada Ley de Propiedad Intelectual¹¹, contenía disposiciones relacionadas a la responsabilidad de los ISP. Se determinó que tendrá responsabilidad solidaria, el operador, persona natural o jurídica de redes de comunicación digital, que permita cualquier acto violatorio de derechos, siempre que tenga conocimiento o haya sido advertido de la infracción.

Para que el operador puede estar exento de dicha responsabilidad solidaria debía evitar que la infracción se produzca o continúe por medio de sus actos o/y la adopción de medidas técnicas. Igualmente, se entenderá que un operador fue advertido de una posible infracción cuando se le ha extendido una notificación debidamente fundamentada.

Finalmente, y a manera de mención, en el Ecuador ya no existe un régimen de eximentes de responsabilidad de las ISP, pero si se regula una serie de limitaciones a los derechos patrimoniales de autor, estableciendo que no constituirá violación de una obra protegida cuando concurren los siguientes factores¹²; a) los objetivos y naturaleza del uso, b) La naturaleza de la obra, c) la cantidad y la importancia de la parte usada, d). el efecto del uso en el valor de mercado actual y potencial de la obra, f) el goce y ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales. De esta manera la normativa recoge el sistema de *fair use* anglosajón, pero añadiendo el último elemento¹³.

3. Marco Teórico

Es evidente, que el desarrollo de los derechos de autor cuya naturaleza implica entre otros, intereses de carácter económico, demanda hoy en día que las nuevas tecnologías permitan un mejor control y resguardo de aquellas obras protegidas, que se encuentran en plataformas digitales¹⁴. De esta manera, es menester establecer qué reglas se deben seguir, a fin de no alterar el ejercicio de estos derechos, ni sus correspondientes limitaciones.

3.1 Teoría Clásica

Desde una perspectiva tradicional, se ha argumentado que los derechos de autor como cualquier derecho de propiedad no son absolutos. Es así que, tanto el sistema

¹¹Art. 292. Ley de Propiedad Intelectual. Registro Oficial Suplemento 426, de 28 de diciembre de 2006. Estado: Derogado.

¹²Art. 211. Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, COESCI. Registro Oficial No. 899, Suplemento de 09 de diciembre de 2016.

¹³El presente trabajo no desarrollará las disposiciones de este cuerpo normativo.

¹⁴Niva Elkin-Koren, "Fair Use By Design", *Notre Dame Law Review* 93 (2017), 522-526.

anglosajón como el continental, prevén límites para que, bajo ciertas circunstancias, un tercero pueda usar o disponer de una obra protegida bajo derechos de autor sin la necesidad de la autorización del titular.¹⁵

Además, varias jurisdicciones han adoptado el estándar de los usos justos, a fin de abarcar limitaciones que no estén previstas en la norma, se desprende del estándar antes mencionado, la doctrina del *fair use* y la regla de los tres pasos¹⁶. Para aquellas jurisdicciones que acogen el sistema anglosajón, el *fair use* contempla cuatro parámetros que permiten de manera casuística analizar caso por caso, cuando una determinada conducta constituye una infracción a los derechos de autor.

Al poder contextualizar una determinada conducta, la aplicación del estándar del *fair use* apela a una apreciación justa por parte del juzgador, que deberá analizar el fondo de la cuestión que va más allá de usar determinada obra protegida bajo derechos de autor sin autorización del titular¹⁷. Por tanto, en caso de que existan infracciones de derechos de autor en el entorno digital, ya sea en internet o en plataformas digitales, lo óptimo sería encuadrar tal hecho bajo los parámetros de los usos justos a fin de verificar si el supuesto infractor se encuentra protegido bajo las limitaciones al derecho de autor.

La crítica principal de esta postura doctrinal, parte de la incertidumbre que se tiene del estándar frente a un análisis *ex ante* de la conducta infractora. En el caso específico de la aplicación del *fair use*, lo que preocupa son las diferentes apreciaciones que puedan surgir del juzgador puesto que no está atado a una regla sustantiva sino a un lineamiento discrecional¹⁸. Es así como, en el ámbito de las plataformas digitales, tanto los usuarios, como los proveedores/intermediarios deben soportar el riesgo de que el uso de una obra pueda no considerarse justo.

3.2 Teoría Tecnocrática

¹⁵Anthony J. Casey, Anthony Niblett, “The Death of Rules and Standards”, *Indiana LJ* 1401 (2017).

¹⁶Jessica Litman, *Digital Copyright: Protecting Intellectual Property on the Internet* (2000).

¹⁷Olenka Woolcott, Karen Isabel Cabrera Peña, “LAS INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR EN COLOMBIA. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS OBRAS EN INTERNET Y LA INFLUENCIA DE NUEVAS NORMATIVAS - COPYRIGHT INFRINGEMENT IN COLOMBIA.”, *Revista Chilena de Derecho* 45, no. 2 (2018), 505–30. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/26618353>, (Último acceso 29/10/2021).

¹⁸Harvard Law Review, “Copyright Law — Digital Millennium Copyright Act — Ninth Circuit Requires Analysis of Fair Use Before Issuing of Takedown Notices. — *Lenz v. Universal Music Corp.*, No. 13-16106, 2016 WL 1056082 (9th Cir. Mar. 17, 2016), Reh’g En Banc Denied, Id.” *Harvard Law Review Association* 129, no. 8 (2016), 2289–96. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/44072370>, (Último acceso: 29/10/2021).

Por otra parte, autores como Dan L. Burk¹⁹ sostienen que la aplicación de lineamientos doctrinales, reglas o estándares, a futuro, tendrán nula o escasa aplicación práctica en caso de conflictos de derechos de autor en las plataformas digitales. Tal afirmación se sostiene en la medida en que el inminente avance tecnológico superará a los axiomas legales, a favor de sistemas plenamente automatizados.

Bajo esta postura, se prevé que el cambio más significativo en materia de derechos de autor será el procedimental, puesto que se deja de lado el análisis de fondo de la infracción y se da prioridad al mejoramiento de los sistemas TN, lo que permitirá el desarrollo de procedimientos expeditos que puedan resolver cientos de miles de denuncias de infracciones por derechos de autor al día, sin la necesidad de acudir a un juzgado.

Se apuesta entonces por tecnologías como el big data o la inteligencia artificial, cuyos algoritmos podrán procesar una gran cantidad de datos, lo que disminuirá de forma exponencial costos en comunicación, logística y litigación²⁰. Esta postura aboga por la puesta en escena de mecanismos y reglas adecuados para cada plataforma en particular, cuyo funcionamiento responderá a aspectos técnicos, que superarán los parámetros establecidos por los usos justos al dar una mayor seguridad de lo que se considere o no material infractor de derechos de autor.

Esta visión tiene como principal crítica, la automatización desmedida y el poco o nulo acceso a un debido proceso. El objetivo principal de los sistemas de detección de material infractor es la reducción de costo y tiempo, pero no toma en cuenta el aspecto meridional de los derechos de autor, la originalidad de la obra.

Como es imposible actualmente programar ese elemento discrecional en los sistemas automatizados de las plataformas digitales, en muchos casos ocurre lo que se conoce como *overblocking*,²¹ que consiste en retirar el supuesto material infractor de forma expedita, perjudicando a los usuarios que no pueden en un primer momento oponerse a una decisión automática, cuyo accionar solo toma en cuenta la comparación de datos.

¹⁹Dan L. Burk and Julie E. Cohen, "Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems", *15 Harv J L & Tech* 41,(2001), 55–58.

²⁰ Robert Gorwa, Reuben Binns, Christian Katzenbach. "Algorithmic content moderation: Technical and political challenges in the automation of platform governance", *Big Data & Society* 1-15, (2020).

²¹ Patel, "First world problems: A fair use analysis of internet memes", *UCLA Entertainment Law Review* 20 (2013)-

4. Estado del Arte o Estado de la Cuestión

Varios juristas han aportado diversas posturas con relación a los estándares de exigentes de responsabilidad de los ISP, frente a las obras protegidas bajo derechos de autor. Igualmente, se ha discutido el rol del contenido generado por el usuario, CGU, en las diversas plataformas digitales.

En un primer momento, autores como Michael Sawyer²², indicaron que lo prescrito en el DMCA implica colocar una carga que los propietarios de derechos de autor no deben soportar, en el sentido de que deben mantener una supervisión y vigilancia rigurosa, a fin de ubicar el material infractor y emitir avisos de eliminación.

Puesto que la cantidad de datos e información que puede constituir material infractor en el internet es gigantesca, y muchas veces las infracciones devienen por el CGU, grandes titulares como Viacom, Disney, CBS, NBC y diferentes ISP lograron llegar a una serie de acuerdos, entre el que destaca los principios para los servicios de contenido generado por el usuario, PSGU.

El PSGU contempló la estandarización de tecnologías de filtrado de derechos de autor cuya función actual es comparar el material cargado por los usuarios y el material de referencia de los titulares, con esta disposición técnica se esperaba automatizar en el rango más amplio posible las obligaciones y correspondientes responsabilidades de las plataformas digitales.

Sin embargo, tratadistas como Ricardo Antequera²³, manifestaron preocupación al momento de acoplar el sistema de limitaciones de los usos honrados, previstos para soportes analógicos a medios plenamente digitales.

Dicho de otro modo, tanto la explotación normal de la obra, como los posibles perjuicios que se puedan causar a los legítimos intereses de los titulares, serán distintos en un entorno digital, a razón del uso de tecnología cada vez más moderna . Por lo cual, el establecimiento de limitaciones debe ir en concordancia al fomento del desarrollo de los bienes intelectuales y, a ojos del jurista, sólo el avance tecnológico permitirá

²²Michael S. Sawyer, "Filters, Fair Use & Feedback: User Generated Content Principles and the DMCA", *Berkeley Technology Law Journal* 24, no. 1, (2009), 363–404. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/24121348>.

²³ Ricardo Antequera Parilli, *Estudio de Derechos de Autor y Derechos Afines* (Madrid:Reus, 2012), 340-341.

establecer si existirá un control más efectivo o se regresará a un régimen de derechos exclusivos²⁴.

Partiendo de un análisis más concreto a las disposiciones del DMCA, es posible establecer parámetros de carácter técnico y sustantivo en referencia a la responsabilidad de los ISP²⁵.

Los primeros requieren que la plataforma implemente medidas técnicas-operativas, que permitan la identificación de obras protegidas bajo derecho de autor, mientras que las segundas toman en consideración el conocimiento por parte del ISP del cometimiento de la infracción de derechos de autor.

Bajo la visión de Matthew Sag²⁶, los parámetros sustantivos son el núcleo que determina la aplicación del *safe harbor* a favor del ISP, ya que sólo el conocimiento específico de la infracción y la consecuente inacción por parte de la plataforma acarrearán responsabilidad plena.

Al contrario, Taylor B. Bartholomew²⁷ se enfoca en destacar el parámetro técnico como factor determinante en la aplicabilidad de las *safe harbors* por parte de un ISP. Su trabajo toma como base, el análisis del sistema de detección automático de obras protegidas bajo derecho de autor de *YouTube*, denominado *Content ID*.

Bartholomew argumenta que si bien este sistema tiene la función de comparar de forma rápida las copias de audio o de video que los titulares entregan bajo licencias y retirar o bloquear de forma automática cualquier contenido que use de forma indebida dicho material, el sistema sigue presentando fallas.

Puesto que la implementación del *Content ID* comprende, a rasgos generales, un sistema de notificación y desmonetización casi simultáneos en contra de los usuarios, para Bartholomew es necesaria la implementación de mejor tecnología, ya que confía que en un futuro cercano, los sistemas de detección de material infractor serán más eficaces y certeros al momento de realizar su labor.

Otra óptica a los problemas que representa el sistema de notificación y bloqueo del DMCA y el sistema de responsabilidad de las *safe harbors*, es abordado en el trabajo

²⁴ Ricardo Antequera Parilli, *LAS LIMITACIONES Y EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS EN EL ENTORNO DIGITAL* (Asunción: OMPI, 2005), 8-14.

²⁵ Matthew Sag, *Internet Safe Harbors and the Transformation of Copyright Law*. (Indiana: Notre Dame Law Review, 2017).

²⁶ Matthew Sag, *Internet Safe Harbors and the Transformation of Copyright Law*

²⁷ Taylor B. Bartholomew, *THE DEATH OF FAIR USE IN CYBERSPACE: YOUTUBE AND THE PROBLEM WITH CONTENT ID* (Durham: Duke Law & Technology Review, 2015).

de Jennifer M. Urban, Joe Karaganis & Brianna L. Schofield²⁸, que toma en consideración los casos de estudio de Google Search Web y SoundLocker respectivamente.

En la práctica los sistemas automáticos de detección de infracciones de copyright presentan en el fondo dos problemas, las herramientas tecnológicas usadas por algunos titulares de derechos de autor tienen parámetros amplios e insuficientes salvaguardias a favor de los usuarios; por otra parte, las notificaciones dirigidas a los usuarios infractores, suelen plantear observaciones vagas y menos sofisticadas por lo que no suelen ser idóneas.

Es así como los autores proponen tres reformas a la DMCA. En primer lugar, los remitentes de avisos de eliminación, deben declarar bajo pena de perjurio que creen de buena fe que las afirmaciones sustantivas en un aviso de eliminación son precisas. En segundo lugar, se debe permitir que el contenido vuelva a estar en línea de forma inmediata sin la necesidad de esperar el término de diez días establecido en la norma. Finalmente, flexibilizar el estándar del conocimiento del material infractor, con el fin de que los ISP pasen de manejarse dentro de un marco discrecional subjetivo a uno certero y objetivo.

5. Desarrollo

5.1.1 Los Proveedores de Servicios en Internet

Los ISP son aquellos intermediarios en la comunicación de contenidos en internet, que no necesariamente toman parte en el proceso de creación o selección de la información que circula por sus servidores y que en la diseminación de esa información no participan en la selección de sus destinatarios de tal manera que su función se circunscribe a posibilitar técnicamente el proceso constitutivo²⁹.

Ahora bien, los ISP dependiendo del servicio que provean pueden clasificarse de la siguiente manera:

Tabla 1: Tipos de Proveedores de Servicios en Internet

Tipo de ISP	Servicio que Provee
Mera Transmisión	El ISP cumple funciones de transmisión, enrutamiento o suministro de conexiones materiales o el almacenamiento transitorio

²⁸ Jennifer M. Urban, Joe Karaganis & Brianna L. Schofield, *NOTICE AND TAKEDOWN IN EVERYDAY PRACTICE* (California: Samuelson Law, Technology & Public Policy Clinic, 2017)

²⁹ Íñigo de la Maza-Gazmuri, *Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet por infracción de los derechos de autor*, (2016) 50-51. Disponible en: https://derecho.upd.cl/wp-content/uploads/2016/08/RESPONSABILIDAD_PROVEEDORES_INTERNET_delaMaza.pdf, (Último acceso 29/10/2021)

	del material en el curso de la transmisión
Catching	El ISP almacena temporalmente la información mediante un proceso técnico automático.
Hosting/ Alojamiento ³⁰	A solicitud del usuario, el ISP almacena el material provisto por este en la red o servidor controlado exclusivamente por ese ISP.
Motores de Búsqueda	El ISP vincula a los usuarios a un determinado sitio en línea por medio de herramientas como hipervínculos o enlaces/links.

Fuente: Tabla realizada a partir de la bibliografía³¹.

Para el presente trabajo se analizará a profundidad los ISP de tipo *Hosting*, puesto que, en sus servidores, los usuarios almacenan y guardan contenido de diversa índole; como material audiovisual, fotografías, archivos musicales entre otros³². Este tipo de ISP es relevante dado que la plataforma digital TikTok pertenece a esta categoría.

5.1.2 Régimen de las *Safe Harbors* y el *Takedown Notice*

Como se mencionó anteriormente, la DMCA contempla un régimen de eximentes de responsabilidad, que permiten que un ISP no responda frente a terceros cuando un usuario incurre en una infracción de derechos de autor. Dicho régimen se encuentra prescrito en el título segundo del DMCA, denominado *The Online Copyright Infringement Liability Limitation Act*, específicamente en la sección 512³³.

Es así, que la sección 512 contempla lo que la doctrina denomina como *Safe Harbors*, SH, puesto que confiere un espacio de protección a favor de los ISP respecto de su responsabilidad frente a infracciones de derecho de autor, a cambio de que exista una cooperación constante que facilite la remoción expedita del contenido infractor a favor de los titulares, una vez que el ISP sea notificado.

³⁰ Es el tipo de ISP más común, dentro de esta categoría se encuentran la mayoría de las redes sociales, al igual que servicios de creación y reproducción de obras audiovisuales y multimedia.

³¹ Íñigo de la Maza-Gazmuri, *Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet por infracción de los derechos de autor*, (2016), 50-51. Disponible en: https://derecho.upd.cl/wp-content/uploads/2016/08/RESPONSABILIDAD_PROVEEDORES_INTERNET_delaMaza.pdf. (Último acceso 29/10/2021).

³² Olenka Woolcott, Germán D Flórez, “El régimen de exención de responsabilidad de los ISP por infracciones de propiedad intelectual en el TLC Colombia-Estados Unidos: una explicación a partir de la DMCA y la DCE”, *129 Universitas*, (2014), 387-418.

³³ Sección 512, Title II-Online Copyright Infringement Liability Limitation, Digital Millennium Copyright Act, 1998.

La DMCA opta por un sistema vertical, esto quiere decir que contiene únicamente disposiciones referentes a la responsabilidad de los ISP con relación a los derechos de autor y derechos afines. Por el contrario, la Directiva 2000/31/CE opta por un sistema horizontal que contempla la responsabilidad que provenga de cualquier tipo de conducta gravosa que ocurra en la sociedad de la información³⁴.

Para que el ISP pueda beneficiarse de la SH, no debe ser el que inicie la cadena de transmisión del material infractor, no debe seleccionar a los destinatarios y no debe modificar el contenido conservado en sus servidores por cuenta propia³⁵. Además, la sección 512 prescribe cuatro causales de exención de responsabilidad únicamente aplicables a los ISP de tipo *hosting*, que serán descritas a continuación.

En primer lugar, el ISP no debe tener conocimiento real o efectivo acerca del material y actividad infractora, lo que se conoce como *actual knowledge*³⁶. No debe tener conocimiento de los hechos o circunstancias que permitan determinar el carácter ilícito de la actividad infractora, lo que se denomina como *awareness*³⁷. En otras palabras, el ISP no debe saber o tener conocimiento de que se cometen infracciones utilizando el contenido almacenado en sus servidores.

En segundo lugar, cuando el ISP tenga tanto la capacidad como el derecho de controlar actividades infractoras de derechos de autor dentro de sus servidores, no debe obtener un rédito económico que sea atribuible a aquella actividad infractora que no pudo controlar. Esta segunda causal, claramente establece un requisito de tipo patrimonial: el enriquecimiento del ISP a costa del titular que sufre la infracción a sus derechos.

En tercer lugar, en caso de que el ISP sea notificado del cometimiento de una actividad infractora de derechos de autor, de forma expedita debe retirar el material infractor³⁸. La presente causal, se encuadra dentro del procedimiento denominado como *takedown notice*, TN, que consiste en la obligación que tiene un ISP de retirar material infractor una vez sea notificado por el tercero afectado con el fin de evitar responsabilidad solidaria.

Finalmente la última causal consiste en la obligación que tiene el ISP de designar un agente o un espacio dentro de la plataforma digital, cuya labor será la de recibir las

³⁴ Ricardo Antequera Parilli, *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*, 345.

³⁵ Sección 512, (c) Digital Millennium Copyright Act, 1998.

³⁶ Sección 512, (c) (A) (i), Digital Millennium Copyright Act, 1998.

³⁷ Sección 512, (c) (A) (ii), Digital Millennium Copyright Act, 1998.

³⁸ Sección 512, (c) (B), Digital Millennium Copyright Act, 1998.

notificaciones referentes a infracciones de derechos de autor³⁹. En términos prácticos, los ISP deben adecuar sus términos y condiciones, políticas de propiedad intelectual y políticas de privacidad, a fin de proveer una estructura que permita la retroalimentación de sus usuarios cuando se ven afectados por infracciones a los derechos de autor.

Adicionalmente, para poder acogerse a cualquiera de las causales de eximentes de responsabilidad, el ISP debe cumplir con dos condiciones adicionales; a) adoptar e implementar una política y b) adaptar y no interferir con las medidas técnicas estándar⁴⁰, que se definen como aquellas que permiten a los titulares de derechos de autor, poder identificar o proteger sus obras.

En consecuencia, los ISP han adoptado una serie de medidas técnicas, entre las cuales destacan: (i) medidas para identificar material infractor, (ii) un área en la plataforma dedicada a la atención del proceso de notificación y contra notificación de las infracciones, y, (iii) la implementación de una política frente a usuarios infractores o reincidentes⁴¹.

Cabe aclarar que en caso de que el ISP no cumpla con los requisitos de exención de responsabilidad contemplado en el DMCA, le serán aplicables las reglas generales de la responsabilidad, para lo cual habrá que determinar si ocurrió una *secondary liability* o un caso de responsabilidad por hecho ajeno.

5.1.3 Jurisprudencia Destacada

Antes de la promulgación del DMCA, se sucedieron varios fallos relacionados a la responsabilidad de los ISP, que requirieron la aplicación del derecho común. En el caso *Playboy Enterprises Inc vs George Frenas*⁴² del año 1993, la controversia giró alrededor de la distribución de fotografías que se encontraban alojadas en un sitio web sin la debida autorización; la Corte del Distrito de Florida resolvió que el demandado era responsable por una infracción directa.

Se argumentó, que el ISP propiedad de Frenas sabía o debía saber que ponía a disposición del público, material de propiedad de un tercero sin su consentimiento. Verbigracia, la corte indicó que “No importa que el demandado Frenas pudiera no haber

³⁹ Sección 512, (c) (A) (iii), Digital Millennium Copyright Act, 1998.

⁴⁰ Sección 512, (c) (2), Digital Millennium Copyright Act, 1998.

⁴¹ Sección 512 (i). Digital Millennium Copyright Act, 1998.

⁴² *Playboy Enterprises v. George Frenas*, Corte del Distrito de Florida, 9 de diciembre de 1993.

tenido conocimiento de la infracción del derecho de autor. No se necesita la intención de infringir para fallar que hay infracción de derechos de autor”⁴³.

En ese sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción en Chile en el año 1999 resolvió lo siguiente en el caso Orlando F vs Entel:

(...) los problemas originados en la red deben ser resueltos conforme a las reglas generales sobre responsabilidad civil y penal, pues en un sitio web pueden publicarse y divulgarse contenidos ilícitos o nocivo, sean mensajes, avisos, o bienes protegidos por propiedad intelectual que no cuentan con una autorización...⁴⁴

(...) Esta responsabilidad dependerá de las funciones que el “actor de Internet” o usuario de la red se encuentre realizando al momento de producirse el hecho generador⁴⁵.

Una vez promulgada la DMCA, se suscitó un fallo relevante por parte del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos de América para el Noveno Circuito en el caso A&M Records vs. Napster⁴⁶, que hace mención al supuesto en el que una ISP no puede excepcionarse en las *safe harbors*.

La controversia surgió a partir de que Napster funcionaba como un motor de búsqueda que permitía a sus usuarios acceder a ciertas páginas web y descargar cualquier archivo MP3 que se encontrara a su disposición. El tribunal determinó que existió una infracción directa, puesto que Napster tenía tanto la capacidad como el derecho de fiscalizar el intercambio del contenido infractor al que se tenía acceso por medio del uso de sus servicios, sin embargo, no purgó el contenido infractor.

Además, el tribunal consideró que existiría responsabilidad culposa únicamente en la medida que Napster a) tuviera conocimiento razonable de ficheros infractores específicos con sus composiciones musicales y grabaciones sonoras protegidas, b) supiera o debiera saber que tales ficheros estaban disponibles en el sistema y c) dejara de actuar para evitar la distribución de las obras y grabaciones protegidas.

En el caso Viacom International, Inc vs YouTube⁴⁷, el Segundo Circuito aclara y desarrolla las *safe harbors*. Acorde al tribunal, Youtube estaba protegido bajo la exención de responsabilidad que establece el DMCA puesto que por medio del *takedown notice*, retiró el contenido infractor en tanto tuvo conocimiento real o fue consciente de los hechos y circunstancias de la actividad infractora. En síntesis, se priorizó el TN como

⁴³ Playboy Enterprises v. George Frenas, 1993.

⁴⁴ Orlando F v. Entel, Corte de Apelaciones de Concepción de Chile, 6 de diciembre de 1999

⁴⁵ Orlando F v. Entel, 1999.

⁴⁶ A&M Records v. Napster, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos de América

⁴⁷ Viacom v. YouTube, 718 F. Supp. 2d 514 (S.D.N.Y. 2010), appeal docketed, No. 10-3270 (2d Cir. Dec. 3, 2010).

elemento determinante para establecer la exención de responsabilidad, y se desestimaron como pruebas las numerosas infracciones que ocurren en la plataforma.

Finalmente, las reglas del DMCA no especifican ni mencionan de forma alguna la necesidad de un análisis de *fair use* previo a la presentación de una notificación de infracción por derechos de autor; sin embargo, la jurisprudencia del noveno circuito en el caso *Lenz V. Universal Music Corp.*, estableció un criterio a destacar. Se determinó que, los titulares afectados por la supuesta infracción de derechos de autor, antes de enviar una notificación deben tener en cuenta las reglas del *fair use* y debe existir la creencia de buena fe de que el material que se desea retirar del ISP se encuadre bajo un uso no autorizado⁴⁸.

5.1.4. Falencias en el Sistema de las Safe Harbors

En la praxis, el sistema de notificación y retiro de contenido presenta una serie de problemas relacionados no solo a la libertad de expresión y libre competencia, sino también al cuestionamiento de lo justo o injusto que puede llegar a ser el sistema⁴⁹.

Para Jennifer M. Urban⁵⁰, en verdad existen cuatro problemas centrales que atañen al sistema de las *SH*, y tienen profundas consecuencias que afectan tanto a los titulares de los derechos como a los usuarios de las plataformas digitales, en especial cuando las infracciones se dan fuera de la jurisdicción de los Estados Unidos y estos ordenamientos no contemplan el *takedown notice*, mucho menos protección alguna de derechos de autor, lo que se denomina paraísos de la piratería, países refugio o puertos francos⁵¹.

Con relación al primer problema, es importante destacar el error al establecer un debido proceso. El procedimiento establece que el material que es objeto de una solicitud de eliminación a menudo es suspendido o eliminado de los servidores del ISP antes de que el usuario tenga la oportunidad de responder. Igualmente, el usuario afectado no

⁴⁸ Rubens, Jonathan T. "Copyrights in Cyberspace: Fair Use, Takedown Notices, and the Sixth Triennial Section 1201 Rulemaking." *The Business Lawyer* 72, no. 1 (2016): 265–274.

⁴⁹ Toni Lester & Dessislava Pachamanovala, "The Dilemma of False Positives: Making Content ID Algorithms More Conducive to Fostering Innovative Fair use in Media Creation", *UCLA Entertainment Law Review* 51 (2017).

⁵⁰ Jennifer M. Urban, Joe Karagins & Brianna L. Schofield, "Notice and Takedown in Everyday Practice", *Samuelson Law, Technology & Public Policy Clinic*, (2017).

⁵¹ Ricardo Antequera Parilli, *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*, 370.

impugna la decisión ya que ni siquiera tiene conocimiento de que puede oponerse por medio de una contra notificación u otro mecanismo que el ISP contemple para el efecto.⁵²

Se llega a concluir que el sistema de *takedown notice* carece de ciertos componentes que permitan el desarrollo de un debido proceso. Es así que en la práctica, una notificación de infracción de derechos de autor no permite al usuario, presuntamente infractor, responder, antes de que se tomen medidas y no se asegura la presencia de un tercero imparcial, ni los criterios que se aplicarán .

El segundo problema corresponde a la limitada habilidad de los ISP para poder manejar una infracción a gran escala. Los titulares de derechos expresan una gran frustración cuando las infracciones se dan en lugares fuera del alcance de la jurisdicción de los Estados Unidos y de forma reiterativa⁵³. Uno de los ejemplos más problemáticos son los sistemas de archivos *peer-to-peer* que permite compartir archivos sin posibilidad de un control rígido. Según Urban⁵⁴, para solventar este problema se ha optado por reclutar proveedores de pago y redes de publicidad para ejercer presión, resultando en medidas de carácter disuasivo.

El tercer problema, radica en la falta de transparencia de las plataformas digitales, que en varias ocasiones publican poca información respecto a cómo funciona su sistema de notificación y retiro de contenido infractor, se deja de lado el equilibrio entre los derechos de autor y el contenido que está protegido por la libertad de expresión o uso autorizado⁵⁵ . Este problema tiene especial relevancia en el sentido que varios ISP no delimitan o indican con claridad cuál es el procedimiento que realizan para detectar una infracción de derechos. Así mismo, no establecen qué sistema informático utilizan y los criterios para determinar si un contenido infringe o no los derechos de autor.

Finalmente, la relación costo-beneficio de implementar sistemas sofisticados de detección de material infractor representa para pequeños negocios dedicados al desarrollo

⁵² Gwenith Alicia Hinze, “A Tale of Two Legal Regimes: An Empirical Investigation into How Copyright Law Shapes Online Service Providers’ Practices and How Online Service Providers Navigate Differences in U.S. and EU Copyright Liability Standards”, *University of California, Berkeley*, (2019).

⁵³ Informe, Response to Notice of Inquiry on “Department of Commerce Green Paper, Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Internet Economy” (Nov. 15, 2013). Disponible en: http://www.ntia.doc.gov/files/ntia/recording_industry_association_of_america_comments.pdf; (Último acceso: 29/10/2021).

⁵⁴ Jennifer M. Urban, Joe Karagins & Brianna L. Schofield, Notice and Takedown in Everyday Practice (2017)

⁵⁵ Jobson, Guinevere, and Armen Nercessian. “Developments Related to the Safe Harbors Under the Digital Millennium Copyright Act.” *The Business Lawyer* 73, no. 1 (2017): 243–58. <https://www.jstor.org/stable/26419203>.

de plataformas digitales, una carga difícil de asumir⁵⁶. Por tanto, no es de extrañar que sean los que cometen en la práctica más errores al momento de detectar material infractor, hecho que no permite aplicar las *SH* a favor de estos pequeños proveedores de servicios en línea.

5.2 Los Proveedores de Servicio y el DMCA

5.2.1 Los términos de servicio

Los usuarios de los ISP deben atravesar un laberinto de términos y políticas que se encuentran en diferentes documentos, para poder cerciorarse de cuáles son sus derechos y obligaciones. Los apartados relacionados con la regulación de derechos de autor principalmente son: la propiedad y licencias de contenido, políticas de derechos de autor, indemnizaciones y limitaciones a la responsabilidad y, finalmente, la ley aplicable y jurisdicción.

Puesto que los términos y condiciones de una plataforma digital son las reglas del juego a considerar, el trabajo de Corinne Tan⁵⁷ qué consistió en identificar cuáles son los aspectos relevantes en los términos de servicio, nos permitirá comparar las políticas de propiedad intelectual de los ISP que incorporan las disposiciones de la DMCA.

Tann encontró que las cláusulas relevantes, son aquellas que implican la responsabilidad de los ISP. Por tanto, las plataformas de redes sociales seleccionadas para la comparativa, son Facebook y YouTube ya que albergan dentro de sus servidores contenido generado por los usuarios, al igual que la plataforma que es objeto de este estudio, como se puede apreciar en la siguiente tabla.

Tabla 2: Resumen de los términos y condiciones (Facebook y YouTube)

Social media platform & terms of service	Ownership and licensing	Copyright policy	Indemnification and limitation of liability	Governing law and jurisdiction
Facebook 1. Facebook Statement 2. Facebook Principles 3. Data Policy 4. Facebook Copyright Policy 5. Community Standards	In general, a user owns the content he or she shares Unencumbered licence granted to Facebook It is implied that other users can use the content made available to them by a user, although this is equivocal Note: Broad definition of the term 'use'	Notice and takedown, as well as counter-notice procedures under the <i>DMCA</i> Facebook will disable a user's account for repeated infringements Online form to notify Facebook of copyright infringement available Encourages self-help by a copyright holder before reporting copyright infringement under the <i>DMCA</i>	User indemnification of Facebook against all damages, losses and expenses incurred, in relation to a user's actions or content Broad exclusion and limitation of liability	Laws of the state of California US District Court for the Northern District of California or a state court located in San Mateo County

⁵⁶ Ver cita 54.

⁵⁷ Corinne Tan, "Application of the terms of services" en *Regulating Content on Social Media*, (University College London Press, 2018), 99.

YouTube	In general, a user owns the content he or she shares	Notice and takedown, as well as counter-notice procedures under the DMCA	User indemnification of YouTube in matters relating to his or her use of YouTube	Laws of the state of California
1. YouTube Terms				
2. Privacy Guidelines	Unencumbered licence granted to YouTube	YouTube will disable a user's account for repeated infringements	Broad exclusion and limitation of liability	Courts of Santa Clara County, California
3. YouTube Copyright Policy	More limited licence granted to other users – this does not include the rights to <i>adapt and prepare derivative works</i>	Online forms to notify YouTube of copyright infringement, as well as to lodge a counter-notice for content mistakenly removed, are available		
4. Community Guidelines				

Fuente: Application of the terms of service/Table 3.1 realizado por Corinne Tan⁵⁸.

La política de propiedad intelectual de Facebook prohíbe a sus usuarios compartir contenido que infrinja los derechos de otros usuarios, de esta manera Facebook puede remover el contenido que infringe los derechos de autor y también puede deshabilitar la cuenta de aquel usuario que reincide en conductas infractoras.

Al respecto, Facebook ha creado un apartado en línea que específicamente informa a sus usuarios de infracciones a derechos de autor. En caso de que un usuario se vea afectado por una infracción deberá notificar a Facebook por medio de un formulario en línea que es propio de la plataforma y se seguirá con el proceso establecido en el DMCA.

Facebook renuncia a toda responsabilidad que surja de los actos de los usuarios, lo que incluye la compartición de contenidos; en consecuencia, en el caso de que un tercero reclame daños en contra de Facebook que provengan del contenido y de las acciones de los usuarios, éstos tendrán que indemnizar a Facebook todos los daños, pérdidas y gastos relacionados a este reclamo. Así mismo, Facebook contempla una exclusión y limitación de su responsabilidad frente a terceros hasta los máximos permitidos por la ley.

Los términos de servicio de YouTube, contemplan el cierre de la cuenta de un usuario que en repetidas ocasiones hubiere sido notificado por infringir derechos de autor. Adicionalmente, bajo la guía comunitaria se les recuerda a los usuarios de YouTube que todo video que sea subido a la plataforma no debe incluir contenido de propiedad de otro usuario.

El procedimiento del DMCA se aplica de igual manera en YouTube; el afectado deberá presentar un formulario online mientras que el supuesto infractor podrá presentar una contra notificación usando la misma vía. YouTube renuncia a toda responsabilidad

⁵⁸Corinne Tan, “Application of the terms of services” en *Regulating Content on Social Media*, (University College London Press, 2018), 109-110.

relacionada al contenido que es compartido en su plataforma; esto significa que los términos exigen al usuario que indemnice a YouTube a sus afiliados y a terceros por cualquier incidente relacionado al uso de la plataforma, lo que incluye las infracciones de derechos de autor. Por consiguiente, YouTube excluye y limita su responsabilidad al máximo permitido por la ley.

5.2.2 Los términos de servicio en TikTok

Una vez, que se analizaron las implicaciones de aplicar el régimen de eximentes de responsabilidad de las SH, y como Facebook y YouTube adaptan sus términos de servicio en concordancia al DMCA, es necesario desarrollar y explicar cuál es la situación de la plataforma digital TikTok puesto que es el objeto de análisis del presente trabajo.

La relación usuario-plataforma se establece en los términos servicio⁵⁹, que contemplan cláusulas de carácter vinculante. Además, nos indican cuál es la naturaleza jurídica de TikTok. Las secciones “Su relación con nosotros” y “Política de Propiedad Intelectual”, permiten establecer que TikTok es un ISP de tipo *hosting* y está sujeta directamente por lo prescrito en la DMCA.

Respecto a la aplicación de las SH, la política de propiedad intelectual de TikTok contempla una serie de apartados en referencia a los derechos de autor, entre los cuales destacan los siguientes: las infracciones de derechos de autor, la eliminación del contenido, notificación de infracción de derechos de autor y la impugnación de notificaciones de infracción de derechos de autor⁶¹.

Como se mencionó en la introducción, no cabe duda de que los usuarios de TikTok pueden incurrir en infracciones a los derechos de autor, sin embargo, no todos los usos no autorizados constituyen una infracción, puesto que existe la doctrina del *fair use*⁶². Esto quiere decir, que la política de propiedad intelectual reconoce las limitaciones de los derechos patrimoniales de autor.

En relación con el segundo apartado, TikTok tiene la potestad de eliminar todo tipo de contenido que haya sido publicado por un usuario si infringe los derechos de autor de un tercero. Además, si el usuario incurre reiteradamente en conductas infractoras su

⁵⁹Términos de Servicio de Tiktok, Documento Digital Políticas, de Derechos de Autor, (2021). Disponible en: <https://www.tiktok.com/legal/terms-of-service?lang=es>, (Último acceso: 30/10/2021).

⁶¹Tiktok. Políticas de Derechos de Autor. (2021), Disponible en: <https://www.tiktok.com/legal/copyright-policy?lang=es> (Último acceso: 30/10/2021).

⁶²Sección 107. Limitations on exclusive rights. Copyright Act. 1976

cuenta puede ser suspendida o cancelada, y TikTok se reserva el derecho de rechazar a este tipo de usuario si quiere crear una nueva cuenta en la plataforma.

A propósito de las notificaciones por infracciones de derechos de autor, TikTok tiene un acercamiento mixto, en el sentido de que acoge el sistema del *takedown notice* del DMCA, pero también insta a los usuarios a que se comuniquen directamente con el infractor con el objetivo de resolver la reclamación de manera ágil. Con todo, ambos acercamientos no parecen sobreponerse ya que TikTok le entrega la libertad a los usuarios para que decidan cómo obrar.

Por último, en caso de que un usuario estime que una TN sea errónea, TikTok igualmente prevé un sistema mixto, puesto que el usuario puede ponerse en contacto directo con el tercero afectado por la supuesta infracción o si lo ve oportuno oponerse mediante la presentación del correspondiente formulario de impugnación.⁶⁴ Ahora bien, se debe mencionar que exclusivamente TikTok podrá decidir si vuelve a permitir la publicación del supuesto contenido infractor en plataforma.

TikTok se reserva el derecho de deshabilitar la cuenta de un usuario en cualquier momento bajo su absoluta discreción, aunque se tomará en cuenta el incumplimiento de las disposiciones contenidas en los términos y condiciones. Por otra parte, TikTok establece que los únicos responsables en relación con la actividad de la cuenta son los usuarios ya sea frente a otros usuarios o a la propia plataforma.

Respecto al apartado de indemnizaciones, el usuario debe defender, indemnizar y eximir de toda responsabilidad al TikTok por todas y cada una de las reclamaciones, responsabilidades, costos y gastos derivados de la violación de los términos, o derivados de una violación de las obligaciones, declaraciones y garantías contenidas en los términos de servicio de TikTok.

En concordancia con la legislación aplicable y jurisdicción, los términos de servicio de TikTok indican que cualquier controversia derivada o relacionada con el uso de la plataforma, deberá ser remitida y resuelta por el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur sujetándose a sus reglas de arbitraje⁶⁵. Es así, que el usuario que decida usar TikTok renuncia a su juez natural y a su normativa nacional.

⁶⁴TikTok. Políticas de Propiedad Intelectual. (2021) Disponible en: <https://www.tiktok.com/legal/copyright-policy?lang=es>, (Último acceso: 30/10/2021).

⁶⁵ Cuando el usuario no tenga su residencia habitual en los EE. UU, el Reino Unido, Suiza o la India, se regirá por la ley sustantiva de Singapur.

En suma, TikTok dentro de sus políticas de propiedad intelectual acoge claramente el sistema de TN a fin de resguardarse bajo los eximentes de responsabilidad que contempla la DMCA. En ese sentido, cabe recalcar que ciertos aspectos no son del todo claros, ya que no se menciona en ningún momento los criterios precisos para que se configure una infracción, ni el método de suspensión o eliminación del contenido infractor, y mucho menos el plazo que tardará la impugnación en ser atendida. Son estos vacíos los que propician en la práctica una serie de incongruencias que serán exploradas en el siguiente apartado.

5.3 TikTok y el Cometimiento de Infracciones de Autor

Previamente, se mencionó que la plataforma TikTok posee una política de propiedad intelectual que, en rasgos generales, acoge lo dispuesto por la DMCA. Por lo tanto, se debe verificar qué sucede cuando se infringen los derechos de autor y qué hace TikTok al respecto.

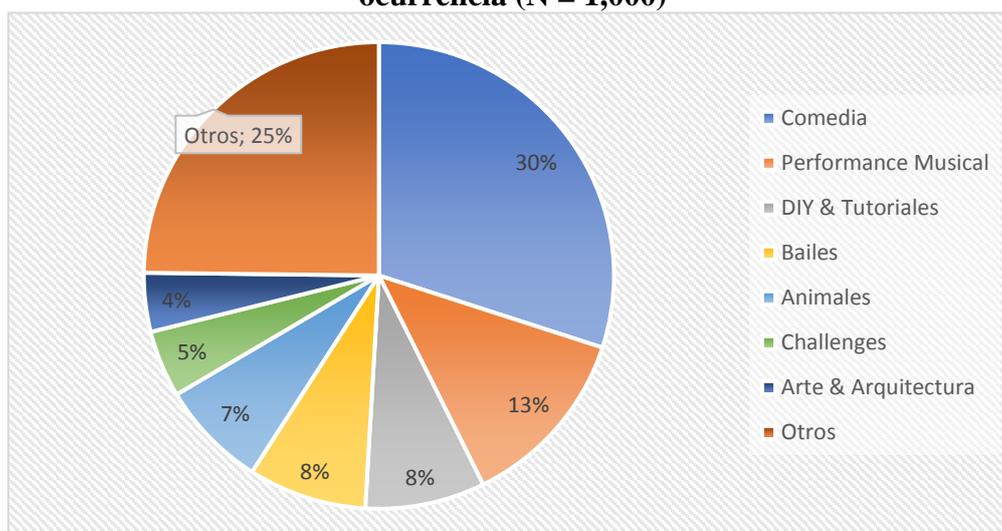
Antes de analizar los datos oficiales, es menester incluir en el presente trabajo la investigación de Aliaksandra Shutsko⁶⁶, que tiene como objetivo esclarecer cuatro cuestionamientos, entre ellos si pueden existir posibles infracciones de derechos de autor en la plataforma digital TikTok⁶⁷. Para el efecto Shutsko, se sirvió de una muestra de mil videos que aparecían de forma aleatoria en la plataforma, con el fin de obtener resultados imparciales.

El primer resultado notable de la investigación, fue el establecer qué tipo de contenido es el que con más frecuencia aparece en la página principal de la plataforma. Los videos de comedia ocuparon el 30% del total analizado, , mientras que el segundo lugar fue ocupado por las presentaciones musicales y finalmente, el tercero y cuarto lugar corresponden a tutoriales y bailes respectivamente. A continuación, se expresan los resultados en una ilustración:

⁶⁶Aliaksandra Shutsko, “User-Generated Short Video Content in Social Media. A Case Study of TikTok”, *Springer Nature Switzerland AG*, (2020), 116.

⁶⁷ El estudio antes mencionado tiene su origen en Alemania, por tanto los resultados obtenidos a partir del análisis pueden tener un sesgo cultural, puesto que los gustos y preferencias de los usuarios pueden variar dependiendo de la zona geográfica que pertenece.

Gráfico 2: Distribución de categorías de contenido en TikTok por frecuencia de ocurrencia (N = 1,000)



Fuente: Gráfico realizado a partir del trabajo de Aliaksandra Shutsko⁶⁸.

Además, Aliaksandra Shutsko desarrolló un apartado especial dedicado al potencial de infracciones de derechos de autor en Tiktok. Para el efecto, se analizaron 1000 vídeos, donde se pudo encontrar que 262 de los 1000 vídeos no contenía ningún tipo de música⁶⁹, mientras que en los 304 vídeos de los 738 restantes se pudo observar posibles casos de violación a los derechos de autor, como se detalla en el siguiente cuadro.

Tabla 3: Posibles Infracciones de los Derechos de Autor

Potential law infringement	Copyright	Personal rights	Inappropriate contents		
			Violence	Sexual	Drug or alcohol consumption
Number of videos	304	19	0	0	0

Fuente: User-Generated Short Video Content in Social Media/Table 4, elaborado por Aliaksandra Shutsko⁷⁰.

La principal razón fue que se encontró que estos vídeos no contenían en el apartado de descripción, el título correcto de la canción o sonido que se encontraba como apartado musical en el correspondiente vídeo. En otras palabras, los videos de TikTok usan música de terceros sin la respectiva autorización, o no se reconoce al autor de la pieza musical.

En concordancia a la investigación anterior, el trabajo de D. Bondy Valdovinos Kaye et al.⁷¹, encontró tres prácticas de atribución (errónea) de autoría que demostraban

⁶⁸ Aliaksandra Shutsko, "User-Generated Short Video Content in Social Media. A Case Study of TikTok", Springer Nature Switzerland AG, (2020), 120-121.

⁶⁹ Shutsko utilizó las obras musicales como parámetro base.

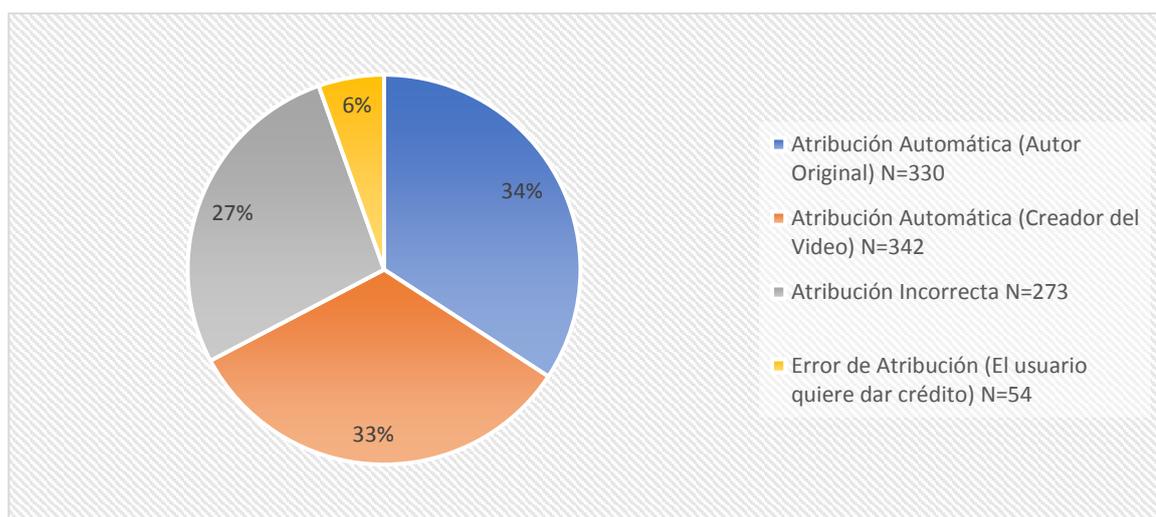
⁷⁰ Ver cita 63.

⁷¹ D. Bondy Valdovinos Kaye et al, "You Made This? I Made This: Practices of Authorship and (Mis)Attribution on TikTok", *International Journal of Communication*, 15, (2021), 3198.

la intención de los usuarios de aumentar su visibilidad en la plataforma: la recarga, la apropiación y el cambio de nombre. Estas prácticas ponen de manifiesto una tensión entre el objetivo de volverse viral en TikTok y el de dar crédito a los autores, cuando se utilizan las herramientas de atribución de autoría de la plataforma.

Se consideró en el estudio antes mencionado, que la atribución es una cuestión de derechos de autor, en concreto sobre los derechos morales de los usuarios. TikTok cuenta con un sistema de identificación de contenidos, aparentemente más laxo que otras plataformas digitales como YouTube; sin embargo, se observaron ciertas prácticas nuevas o emergentes que sugieren que los usuarios emplean estrategias similares de elusión automática de los derechos de autor como alterar el tono o añadir efectos adicionales al audio⁷².

Gráfico 3: Porcentaje de Atribución Errónea



Fuente: Gráfico realizado a partir de la bibliografía⁷³.

Acorde al gráfico, en el 34% de videos corresponden al sistema de atribución automática que acreditaba al autor original del audio, que no era el creador del vídeo. Otro 33% fueron atribuidos correctamente por el sistema de atribución automática acreditando al autor del "sonido original", que también era el creador del vídeo. En el 27% de la muestra la atribución automática acreditaba a un creador de TikTok que no era el creador original o el autor del audio.

Por último, en el 6% de los videos restantes, se observó que los usuarios tuvieron que incluir de forma manual los créditos de los autores originales de los audios por medio

⁷² Ibid., 3208.

⁷³ D. Bondy Valdovinos Kaye et al, "You Made This? I Made This: Practices of Authorship and (Mis)Attribution on TikTok", *International Journal of Communication*, 15, (2021), 3203.

de *hashtags* o subtítulos⁷⁴, ya que el sistema de atribución automático no funcionó de forma correcta. Esto quiere decir que en el 35% de videos⁷⁵, existen problemas al momento de atribuir autoría, lo que puede afectar los derechos morales de los usuarios o terceros.

TikTok ha introducido recientemente un sistema de *sound-matching* para identificar tanto a las canciones subidas a la plataforma como a sus correspondientes autores. No obstante, en muchos casos este sistema automático presenta dificultades para identificar extractos de audios complejos como: mezclas de canciones, voces individuales de creadores, o clips de audios pertenecientes a programas de televisión o películas.

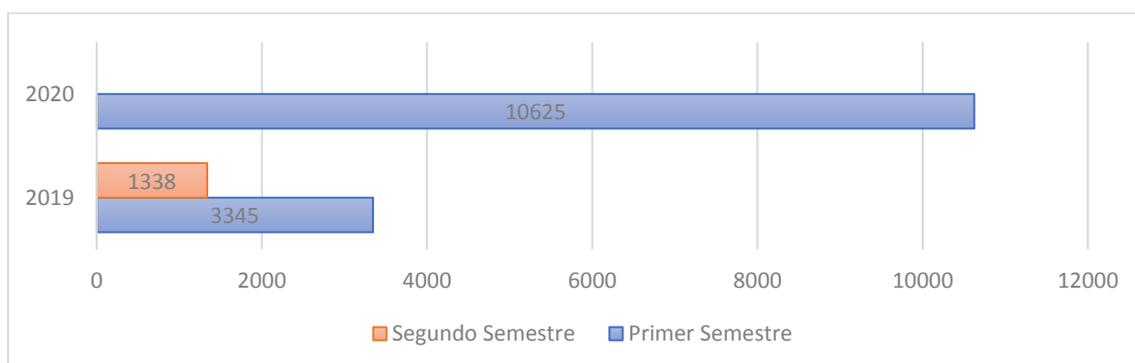
Los problemas que pueden surgir de estas prácticas cotidianas ponen de manifiesto la importancia de prácticas complementarias de atribución por parte de la plataforma. A propósito, D. Bondy Valdovinos Kaye et al., indican que:

*(...) El enfoque laissez-faire de Tiktok promueve el valor económico de la plataforma pero hace muy poco para motivar a los creadores, ya que sienten que su labor creativa no será reconocida*⁷⁶.

5.3.1. Datos de Tiktok

Ahora bien, una vez que se analizaron estudios independientes, se pasará al estudio de la información que se encuentra a disposición del público, en este caso los informes de transparencia de TikTok⁷⁷ y la información respectiva a infracciones de derechos de autor⁷⁸.

Gráfico 4: Número de Takedown Notices en Tiktok



⁷⁴ Los *hashtags* y subtítulos se encuentran en la interfaz de Tiktok.

⁷⁵ En base a la muestra.

⁷⁶ D. Bondy Valdovinos Kaye et al, “You Made This? I Made This: Practices of Authorship and (Mis)Attribution on Tiktok”, *International Journal of Communication*, 15, (2021), 3204.

⁷⁷ Los Informes de Transparencia del 2021 no tienen información alguna respecto a las infracciones de derechos de autor.

⁷⁸TikTok. Informe de Transparencia del Segundo Semestre del 2020. Disponible en: <https://www.tiktok.com/safety/resources/transparency-report-2020-2>, (Último acceso: 30/10/2021).

Fuente: Gráfico realizado a partir de los informes de transparencia de 2019⁷⁹ y 2020⁸⁰.

La información que se desprende del gráfico anterior, corresponde al número de notificaciones por infracciones de derechos de autor que ocurren en TikTok. Acorde a los informes semestrales del 2019, se eliminó el 85% y 82.6% del contenido infractor. Mientras que en el primer semestre de 2020 se indica que se removió 89.6% del material infractor.

A continuación se encuentra un cuadro con la información correspondiente a los avisos de retirada de contenido protegido por derechos de propiedad intelectual⁸¹.

Tabla 4: Avisos de retirada de contenido protegido por derechos de autor

País/Mercado	Fecha (2020)	Total notificaciones por infracción de derechos de autor	Total notificaciones que fueron resueltas exitosamente	Porcentaje de avisos resueltos satisfactoriamente
Estados Unidos y Canadá	julio 1 - julio 12	107	88	82.24%
Resto del Mundo	julio 1 - agosto 12	6131	1574	25.67%
Estados Unidos y Canadá	julio 13 - diciembre 31	9290	1830	19.70%
Resto del Mundo	agosto 13 - diciembre 31	25394	11626	45.78%

Fuente: Realizado a partir del Informe de Transparencia del Segundo Semestre 2020⁸².

Se debe aclarar, que estos datos corresponden únicamente a los casos en que el tercero afectado notificó a TikTok por medio de una denuncia de infracción de derechos de autor y se dejó de lado aquellos casos en que TikTok de forma automática suspendió o eliminó contenido que consideró infractor. Es evidente que la información

⁷⁹TikTok. Informes de Transparencia del Primer y Segundo Semestre del 2019. Disponible en: <https://www.tiktok.com/safety/resources/transparency-report-2019-1?lang=en> y <https://www.tiktok.com/safety/resources/transparency-report?lang=es>, (Último acceso: 30/10/2021).

⁸⁰TikTok. Informe de Transparencia del Primer Semestre 2020. Disponible en: <https://www.tiktok.com/safety/resources/transparency-report-2020-1?lang=en>, (Último acceso: 30/10/2021).

⁸¹ Cuadro perteneciente a Informe de Transparencia Segundo Semestres del 2020

⁸² Ver cita 75.

proporcionada no permite dilucidar con claridad cómo funciona el TN en TikTok, ni las variables nos permiten vislumbrar de forma clara la situación real.

Ahora bien, en base a una revisión general de los porcentajes de la tabla anterior, es evidente que los resultados son desalentadores, ya que aquellas notificaciones que pudieron ser resueltas de forma satisfactoria son la minoría en comparación a aquellas que tuvieron resultados desfavorables. En este mismo orden de ideas, no existe información suficiente que nos permita determinar por qué el porcentaje es bajo, solo podemos suponer que el TN de TikTok es ineficaz, ya sea que porque perjudica al titular afectado o al supuesto usuario infractor.

Puesto que el informe de transparencia es el documento que en principio tiene la información más ‘fidedigna’ en relación con las actividades que desempeña TikTok, cabe preguntarse, ¿por qué no se incluyó más información relativa a las infracciones de derechos de autor?, a pesar de que existe una sección completa dentro de los términos de servicios dedicada a las políticas de propiedad intelectual.

6. Conclusión

Los principales hallazgos que se pudieron obtener a partir del desarrollo del presente trabajo son: a) el explicar cuál es el tipo de ISP al que pertenece TikTok, b) cuál es el régimen de eximentes de responsabilidad que se aplica a TikTok, c) cómo diferentes ISP amoldan sus términos de servicio para ajustarse a las disposiciones del DMCA y excluir o limitar su responsabilidad al máximo, d) como TikTok ajusta por medio de sus políticas de propiedad intelectual el régimen de las SH en virtud del DMCA, y finalmente, e) cuál es el rango de éxito en referencia a los reclamos por derecho de autor.

Con relación al primer hallazgo y tomando en consideración los apartados previamente desarrollados, TikTok es un ISP de tipo *hosting*, lo que permite establecer el marco jurídico aplicable en caso de existir conflictos provenientes de infracciones de derechos de autor. En ese sentido, las ISP se acogen a lo dispuesto por la DMCA puesto que establece un régimen de responsabilidad especializado.

Además, TikTok aplica las disposiciones del DMCA, no solo porque sea la normativa aplicada por ISP de iguales características, sino porque de forma expresa lo acoge en sus términos y condiciones, específicamente en la sección de propiedad intelectual. Al respecto, TikTok ha habilitado un apartado dirigido a usuarios que deseen denunciar infracciones de derechos de autor e impugnar los casos en que crean que se

acogen a limitaciones patrimoniales. Un problema para destacar es que no se menciona en ningún lugar como TikTok determina que un contenido infringe derechos de autor.

Respecto a los datos obtenidos a partir de la investigación cuantitativa y cualitativa de los videos de TikTok, se pudo determinar que ocurren infracciones a los derechos morales puesto que no se reconoce a los autores. En ese sentido, parece ser que el sistema automático de TikTok propicia la existencia de atribuciones de autoría erróneas, lo que representa una falla en las medidas técnicas.

TikTok al momento de querer acogerse al régimen de las SH que se encuentra incluida en las disposiciones del DMCA, genera tanto en sus usuarios como en los titulares afectados, incertidumbre frente al ejercicio de sus derechos. Verbigracia, frente a los datos dispuestos por el informe de transparencia de TikTok, en promedio menos de la mitad de las denuncias por infracciones de derechos de autor son resueltas de forma satisfactoria.

Estos datos nos permiten advertir que TikTok maneja las infracciones de derechos de autor de forma deficiente e ineficaz, en miras a proteger los derechos de los titulares y usuarios que gozan de sus servicios mientras aplica un régimen de eximentes de responsabilidad diseñado para el mundo digital de hace veinte años.

En conclusión, las disposiciones de la DMCA puestas en práctica por la plataforma digital TikTok, llegan a producir una serie de efectos negativos para los autores de obras protegidas. Si bien, el objetivo de las *safe harbors* es mantener un equilibrio entre la responsabilidad del ISP y la ocurrencia masiva de infracciones de derechos de autor en el entorno digital, se ha puesto muy poca atención a la eficacia de las medidas técnicas como factor determinante para establecer la responsabilidad de los ISP. Se sigue dependiendo en gran medida del sistema *takedown notice* como condición *sine qua non*, a pesar de que los resultados obtenidos no son del todo favorables.

6.1. Limitaciones

La literatura referente a TikTok existente a la presente fecha, involucra los estudios correspondientes a los parámetros técnicos de la comparación de vídeos en plataformas digitales, la seguridad de menores de edad en el internet y motivos por los cuales los usuarios prefieren aplicaciones como Douyin o Musicaly, que ofrecen servicios y contenidos relacionados a los UGC. En consecuencia, no existe al momento trabajo alguno que trate el régimen de eximentes de responsabilidad por infracciones de derechos

de autor qué ocurran en TikTok, puesto que la tendencia se encuentra en la rama de los estudios sociales.

Tomando en cuenta las limitaciones antes mencionadas, se recomienda iniciar dos líneas de investigación, la primera corresponde a un estudio enfocado netamente al tema de la responsabilidad en caso de infracciones de derechos de autor y cómo los países latinoamericanos han adecuado sus reglas generales de responsabilidad cuando han suscrito Tratados de Libre Comercio con Estados Unidos. Mientras que la segunda, corresponde a un estudio de campo, a fin de obtener data dura sobre las infracciones de derechos de autor ‘sobre todo derechos patrimoniales’ que ocurren en TikTok puesto que se requiere de más información.