



El impacto de los acuerdos comerciales sobre la innovación, la libertad de expresión y la privacidad: Los Proveedores de Servicios de Internet: Seguridades y Responsabilidades

Introducción

Los intermediarios de Internet (proveedores de servicios de Internet o ISPs, por sus siglas en inglés) alojan información sobre una amplia gama de temas, como política, salud o asuntos financieros hasta los asuntos de nuestra vida diaria. Le permiten a las personas enviar esa información con otros que comparten sus mismos intereses, independientemente de su ubicación geográfica. El beneficio que esto tiene para la sociedad, los individuos y los negocios es enorme. Sin embargo, con el fin de maximizar el potencial económico, social y democrático de Internet, necesitamos políticas y marcos jurídicos que protejan la libertad de expresión y la privacidad en línea.

La razón para esto puede ser imperceptible para la mayoría de los ciudadanos del mundo, para quienes Internet existe como algo que vive en un dispositivo: un teléfono, una computadora o una *tablet*. Pero esos dispositivos deben conectarse a la red global de contenidos a través de los ISP, cuyas propias políticas y procedimientos afectan la experiencia que los ciudadanos tienen en línea. En estos momentos, los maximalistas de los derechos de autor incluyendo Hollywood y la industria discográfica se están moviendo en espacios poco visibles como las negociaciones de acuerdos comerciales para crear regímenes políticos que, al regular agresivamente a los ISPs, restringirán dramáticamente los derechos y poderes de los ciudadanos que utilizan Internet en todo el mundo.

En particular, estas fuerzas están presionando para que la labor de hacer cumplir las normas se encargue a los ISPs y ya no sea exclusiva de cortes y tribunales. Pero para que las personas puedan opinar sin interferencias y para que puedan buscar, recibir y difundir información es fundamental contar con un marco legal que no convierta a los proveedores de servicios en policías — es decir, que no les imponga responsabilidad por los actos de sus usuarios. Desafortunadamente las tendencias nacionales e internacionales se están alejando de este régimen facilitador de la innovación, sostenido por tanto tiempo¹.

Estos regímenes jurídicos a favor de la innovación fueron adoptados en muchos países cerca del año 2000. Estos regímenes limitan la responsabilidad de los intermediarios por contenidos ilícitos o que infrinjan los derechos de autor cometidos por terceros, a menos que los ISPs tengan conocimiento actual o que exista una notificación implícita de actividad o contenido infractor específico que deben contestar. Estos regímenes hoy están bajo una gran presión a través de litigios, propuestas de reforma legislativa y acuerdos voluntarios entre los titulares de derechos de autor y de los intermediarios de Internet. Los recientes esfuerzos de los titulares de derechos de autor para incrementar la responsabilidad de los intermediarios de Internet se incluyen en acuerdos multilaterales, como el proyecto del Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación (ACTA) y el Acuerdo Transpacífico de Asociación (TPP), y los intentos de imponer nuevas obligaciones a dichos intermediarios para realizar un filtrado o identificación de los potenciales infractores de derechos de autor *ex ante* amenazando los derechos fundamentales de los

¹ Luego de los Tratados de la OMPI sobre Internet de 1996 (WCT y WPPT), EE.UU. aprobó una ley federal conocida como Digital Millennium Copyright Act (DMCA). La Sección 512 de la DMCA exime a los proveedores de servicios en línea que cumplen con los criterios establecidos en las disposiciones de “puerto seguro” (*safe harbor*) frente a reclamaciones de infracción de derechos de autor contra ellos que resultan de la conducta de sus usuarios. Estas disposiciones de puerto seguro están diseñadas para proteger a los proveedores de servicios: Si un proveedor de servicios puede beneficiarse de la exención puerto seguro, por lo general a través de un sistema de notificación y bajada de contenidos, o un sistema de notificación y contranotificación, sólo el cliente infractor es responsable de los daños, y el prestador del servicio queda libre de responsabilidad.



ciudadanos.

Por ejemplo, el capítulo filtrado del TPP sobre propiedad intelectual en entorno digital insiste en que los estados firmantes proporcionen incentivos legales a los ISP para que estos hagan cumplir las normas de protección a los derechos de autor a cambio de un Internet libre y abierta. El ejercicio de la libertad de expresión es a menudo sensible en el tiempo—como las reacciones por las noticias recientes o la promoción a un candidato a las elecciones. Permitir a los intermediarios hacer cumplir las normas de derechos de autor sin revisión judicial abre la puerta a abusos. Ello le permitiría reclamar infracciones a los derechos de autor por encima de los tribunales y obtener la remoción inmediata de los contenidos, antes de que las pruebas sean evaluadas. Los llamados procedimientos de “reposición” del contenido pueden mitigar el daño, pero incluso unos pocos días no disponibilidad pueden significar un serio ataque a la libertad de expresión.

La responsabilidad de los ISPs y el sistema de bajada de contenidos: La DMCA de Estados Unidos

El régimen de notificación y bajada de la Digital Millennium Copyright Act (DMCA) de Estados Unidos² incluye dos salvaguardas fundamentales destinadas a proteger a los ciudadanos de la remoción de contenido lícito y que no infringe los derechos de autor:

- En primer lugar, permite a los usuarios de Internet cuyo contenido ha sido bloqueado o sacado de Internet debido a una notificación de bajada de contenidos por supuestas infracciones a los derechos de autor responder con una contra notificación. Esta contra notificación permite a los intermediarios de Internet reponer el contenido sin hacerse responsables frente al propietario del contenido a menos que este presente una demanda en un período de tiempo determinado;
- En segundo lugar, la DMCA permite a los usuarios demandar a los dueños de los contenidos protegidos por derechos de autor si a sabiendas emiten notificaciones de bajada de contenido falsas.

Aunque lejos de ser perfectas³, estas disposiciones han brindado una importante protección a la libertad de expresión en internet. Existen una serie de casos en los EE.UU., donde los titulares de derechos de propiedad intelectual han afirmado que no es necesario tener en cuenta los usos justos⁴ o las otras excepciones de los derechos de autor aplicables antes de emitir una notificación de bajada de contenidos.

A pesar de estas importantes protecciones procesales, el régimen de notificación y bajada establecido por la DMCA ha dado como resultado la eliminación de cantidades significativas de contenido lícito⁵. El régimen extrajudicial de notificación y bajada es vulnerable al mal uso de personas o empresas con intención de censurar contenidos. El marco DMCA ha creado una forma de veto⁶ donde el costo del cumplimiento de estas disposiciones significa que la mayoría de los intermediarios de Internet no son capaces de soportar los gastos de alojamiento de contenido

² Para una mirada profunda de las disposiciones de la DMCA de los Estados Unidos, puedes revisar el Folleto de la EFF Bootcamp: <https://www.eff.org/files/fred-bootcamp-handout.pdf>

³ <https://www.eff.org/deeplinks/dmca>

⁴ Lista de disposiciones sobre el uso justo <https://www.eff.org/files/corynne-bootcamp-handout.pdf>

⁵ Ver EFF Muro de la Vergüenza en <https://www.eff.org/takedowns>

⁶ JM Urban y Quilter L, "Efficient Process or Chilling Effects?" Takedown Notices under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act "(2006), Santa Clara Computer & High Technology Law Journal 621-693. Investigación empírica sobre una muestra de una solicitud de "notificación y bajada" que pone en manifiesto que casi un tercio de la notificación y el requerimiento ni siquiera son los derechos de autor relacionados. Además, no todos y cada uno de los restantes dos tercios cumplió con los requisitos del aviso de la Digital Millennium Copyright Act.



crítico o impopular. Como ha comentado Wendy Seltzer⁷:

El público se ve perjudicado por la pérdida de la libre expresión vía el efecto paralizador indirecto de la misma manera que si el gobierno hubiese erróneamente ordenado al remoción de publicaciones lícitas directamente. En efecto, gracias a que el régimen de notificación y bajada de la DMCA es menos costoso para los que reclaman los derechos de autor que una denuncia federal y los expone a menores riesgos, invita a más frecuentes abusos y errores que la aplicación regular de las leyes sobre derechos de autor. Yo describo varios de esos errores en detalle. La naturaleza indirecta de la paralización de la libre expresión no debe de proteger de cuestionamientos al sistema legal.

Por lo tanto, los intermediarios de Internet—como actores de un mercado racional—son incentivados a eliminar cierto contenido al recibir un aviso de una supuesta infracción de derechos de autor con el fin de obtener el beneficio de la salvaguarda (*safe harbor*), en lugar de invertir sus recursos en investigar si la denuncia era legítima o si el uso del contenido era considerado un uso justo y no infracción de los derechos de autor bajo la ley de los EE.UU. Los intermediarios de Internet a menudo no cuentan con los recursos legales para revisar las notificaciones de bajada y, además, no están en la mejor posición para determinar la legalidad de dichos contenidos. Como resultado, el contenido puede ser fácilmente sacado como mínimo por catorce (14) días, incluso si la reclamación de derechos de autor carece de fundamento—en esencia, se trata de dos semanas de la censura gratuita del contenido⁸.

Esto ha provocado la eliminación de una importante cantidad de contenido legal generado por los usuarios, incluyendo videos políticos en los meses previos a las elecciones. También ha creado incentivos para utilizar el proceso de notificación y bajada para suprimir la competencia y las parodias.

Todo sistema debería tener en cuenta los derechos humanos y el desarrollo económico

En primer lugar, los proveedores de servicios de Internet no deberían tener ningún tipo de responsabilidad ya que actúan como meros intermediarios transmitiendo los paquetes a través de Internet, sin seleccionar o editar el contenido transmitido. Sostener lo contrario abriría la puerta a la responsabilidad ilimitada para todos los intermediarios de Internet, lo que impediría la inversión y la innovación en capacidad de la red y servicios.

En segundo lugar, los intermediarios de Internet no deberían estar obligados a vigilar las comunicaciones en sus redes para buscar de manera activa pruebas que acrediten una infracción. Este principio es necesario para proteger el derecho fundamental de los ciudadanos a la privacidad y a la protección de datos, derecho que es el fundamento de los derechos de libertad de expresión y de asociación.

La ONU y el Tribunal Europeo de Justicia están de acuerdo en que los derechos humanos están en juego si los ISP son considerados responsables

No somos los únicos que ven a la responsabilidad de los ISP como una amenaza a la libertad en Internet. Tanto el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Libertad de Opinión y Expresión y la Corte Europea de Justicia están de acuerdo. Además, consideran que el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos debe seguir siendo el ejemplo a seguir para

⁷ [Free Speech Unmoored in Copyright's Safe Harbor: Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1577785) 24 Harvard Journal of Law and Technology 171 (2010) available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1577785

⁸ <https://www.eff.org/deeplinks/2012/05/good-citizenship-online-service-providers-lets-not-let-dailykos-takedown-be>



cualquier acuerdo multilateral. Este artículo declara que:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión⁹.

El TPP y la responsabilidad de los ISP: El TPP pone a los derechos de los usuarios e innovadores en riesgo

El artículo 16.3 del TPP establece un sistema de responsabilidad de los ISP que va mucho más allá de lo establecido por el DMCA y las normas y leyes de EE.UU. El TPP expande el marco del ACTA^{10 11} y posiblemente también el espíritu de la DMCA, ya que abre las puertas para:

- La política de los " Tres Strikes" y otras leyes que requieren a los intermediarios de Internet que eliminen el acceso de los usuarios de Internet cuando estos tienen repetidas acusaciones por infracción a los derechos de autor.
- Requieren a los intermediarios de Internet que filtren todas las comunicaciones en Internet para detectar potenciales infracciones a los derechos de autor.
- Establecen obligaciones a los ISP para bloquear el acceso a sitios web que supuestamente infrinjan o faciliten la infracción de derechos de autor;
- Esfuerzos para obligar a los intermediarios de Internet para que revelen la identidad de los usuarios a los titulares de derechos de propiedad intelectual cuando se alega la infracción de derechos de autor.

La exigencia del TPP sobre el régimen de notificación y bajada tiene un precio muy alto. Nos costará un la eliminación de un Internet libre y abierto.

La carta adjunta del TPP que requiere procedimientos estrictos de notificación y bajada

Si los maximalistas de los derechos de autor—incluyendo Hollywood y la industria de grabación—se salen con la suya, el TPP incluirá una carta adjunta anexada al TPP para obligar a los países que establezcan procedimientos estrictos que permitan a los propietarios de derechos de autor insistir para que el material sea retirado de Internet .

Este régimen estricto de notificación y bajada no es nuevo. En 2004, Chile rechazó la misma propuesta en su TLC¹² con los EE.UU. Eliminando las exigencias de los requisitos propuestos, luego Chile implementó un régimen de notificación y bajada mucho mas balanceado que se incluyó en su ley de Derechos de Autor del 2010, cuyo sistema ofrece una mayor protección a la expresión de los usuarios de Internet y a la privacidad en comparación con el régimen de derechos de autor establecido por la DMCA.

En lugar de asegurar el debido proceso y la intervención judicial en la bajada de contenidos, la propuesta del TPP fomenta la propagación de los modelos que han sido probados y resultaron ineficientes¹³ produciendo consecuencias nefastas¹⁴, como la Ley HADOPI en Francia¹⁵.

⁹ <http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml#a19>

¹⁰ <https://www.eff.org/issues/acta>

¹¹ For a detailed comparison between TPP and ACTA see <http://infojustice.org/wp-content/uploads/2012/03/table-03222012.pdf>

¹² <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/chile-fta>

¹³ <https://www.eff.org/deeplinks/2012/08/repeal-french-three-strikes-law>

¹⁴ <https://www.eff.org/wp/unintended-consequences-under-dmca/>

¹⁵ <https://www.eff.org/deeplinks/2012/08/repeal-french-three-strikes-law>



Estas reglas tan estrictas no sólo son una mala política pública, sino que además tienen la capacidad de afectar a la soberanía nacional al imponer, a través de un proceso no transparente, cambios significativos en la legislación nacional vigente; por ejemplo, el sistema chileno de bajada de contenidos judicial. Otro ejemplo de una política que podría ser anulada es el sistema canadiense donde los ISP proporcionan un conducto para los avisos, pero no ejecuta bajadas de contenidos extrajudiciales. Cuando un país ha puesto en marcha un sistema más equilibrado que el de la DMCA, el TPP no debe anular el proceso legislativo popular o imponer una aproximación genérica para las normas sustantivas y de procedimiento.

TPP no proporciona un equilibrio para los usuarios

El Congreso de EE.UU. ha reconocido el riesgo de que los propietarios de derechos de autor utilicen el régimen de notificación y bajada —como una herramienta extrajudicial— de manera que vaya contra el mandato constitucional según el cual las leyes de Derechos de Autor deben de promover el avance del conocimiento y el aprendizaje. Como contrapeso a los abusos, crearon una causa de acción en contra del uso indebido de los procedimientos de bajada de contenido. El reclamo por falsa denuncia tiene la intención de “disuadir las falsas acusaciones a los proveedores de servicios como un reconocimiento de que tales acusaciones son perjudiciales para los titulares de los derechos, los proveedores de servicios y los usuarios de Internet.” Si un tribunal determina que el titular del derecho de autor de forma ilegal y tergiversando la verdad indica que el contenido está infringiendo los derechos de autor, puede llegar a ser responsable ante el ISP o ante el usuario por los daños resultantes de la eliminación inadecuada de la material¹⁶. A pesar de ello, en virtud de la DMCA, su aplicación ha sido difícil y muchos abusos no pueden ser remediados¹⁷. Sin embargo, el TPP no prevé tal causa de acción, es decir, no hay equilibrio en absoluto.

Las salvaguardas del TPP no son seguras

Mediante la introducción de una serie de salvaguardas a la responsabilidad de los ISP, el TPP puede promover la expansión real de la responsabilidad subsidiaria de los ISP, algo que las industrias del entretenimiento y la publicación desean encarecidamente. En un testimonio del 2011 en Malasia referido a su unión al TPP, la Alianza Internacional de la Propiedad Intelectual (IIPA) dejó en claro que el enfoque del TPP¹⁸, tratando de establecer una nueva responsabilidad de los intermediarios junto a un régimen muy limitado de salvaguardas o disposiciones de puerto seguro.

La responsabilidad de los intermediarios no es universalmente reconocida. La Oficina del Representante Comercial de EE.UU.—la agencia líder de las negociaciones del TPP—ha reconocido que la creación de limitaciones de la responsabilidad obliga a los países a establecer la responsabilidad de los intermediarios en primera instancia. En efecto, si los países quieren salir de la lista negra de propiedad intelectual de los EE.UU. (el Reporte Especial 301¹⁹: una revisión de las leyes de propiedad intelectual y de las normas de ejecución de otros países), el USTR sugiere que la adopción del TPP puede resolver sus problemas. De los once países que negocian el TPP,

¹⁶ <http://wakeforestlawreview.com/detering-abuse-of-the-copyright-takedown-regime-by-taking-misrepresentation-claims-seriously> y EFF apoyado por <https://www.eff.org/cases/online-policy-group-v-diebold>

¹⁷ Un ejemplo es el caso de Lenz. En el clip de 29 segundos, el hijo menor de Lenz está bailando en la cocina de la familia "Let's Go Crazy," que está sonando en un equipo de música en el fondo. Sorprendentemente, Universal Music Publishing Group afirmó que el video violaba los derechos de autor, y se quitó el video de YouTube. Lenz se defendió con la ayuda de la EFF, mediante la presentación de una demanda pidiendo a la corte para que mantenga universal responsables de YouTube para acabar con su uso legítimo. En una victoria clave al principio del caso, el tribunal sostuvo que los propietarios de contenido debe tener en cuenta el uso justo antes de enviar los avisos de bajada. <https://www.eff.org/cases/lenz-v-universal> y <https://www.eff.org/press/releases/dancing-baby-video-battle-back-court-tuesday>

¹⁸ <http://www.iipa.com/pdf/IIPAMalaysiaFTARequesttoTestifyandTestimonyonly111010.pdf>

¹⁹ <https://www.eff.org/deeplinks/2012/05/special-301-report-2012-ustrs-absurd-list-international-disappointments>



cinco se encuentran en la lista especial 301 para el 2012²⁰ (Chile, Brunei, Perú, México y Vietnam).

Alternativas al Sistema de notificación y bajada del DMCA de EE.UU.

Países como Canadá y Chile han implementado con éxito sistemas alternativos al modelo de la DMCA.

Chile

En Chile, se estableció un sistema judicial para administrar el mecanismo de “notificación y bajada”. El tribunal tiene que hacer un breve análisis de los méritos de la solicitud a fin de evitar abusos. Además, se implementó una notificación privada en la que el ISP tiene que enviar la notificación quienes publican los contenidos. Un mecanismo de “notificación y bajada” privado de notificación fue descartado por el gobierno chileno y su congreso nacional debido a la falta de seguridad y sus afectaciones al debido proceso. Ley chilena 17.336, artículo 85.

Canadá

En Canadá, en contraste con el sistema de notificación y bajada de EE.UU.²¹, la ley de derechos de autor no impone ninguna obligación comparable a la de los proveedores de servicios en línea. En cambio, la ley C-11, emitida en noviembre de 2012, contiene un régimen de “notificación y notificación”, lo que significa que “cuando un proveedor de servicios en línea recibe un aviso de que el contenido infractor ha sido puesto a disposición a través de su servicio, debe emitir un aviso al abonado que se encargó de la publicación de los contenidos adecuados”. Este fue un sistema desarrollado orgánicamente que se convirtió en norma legal. Los proveedores de servicios canadienses han desarrollado un mecanismo informal de “notificación y notificación”: si se les envía una notificación reclamando una infracción, ellos por lo general responden remitiendo dicha notificación a la persona que publicó el contenido presuntamente infractor. Pero incluso esa acción de transmitir el mensaje, por no hablar de cualquier posible acción adicional, en su mayoría depende de cada uno de los proveedores de servicio. Bajo la ley canadiense, los proveedores de servicios en línea gozan del beneficio de puerto seguro totalmente independientes de si cumplen con sus obligaciones de atender los avisos de “notificación y notificación”. La única responsabilidad que surge de un incumplimiento de estas obligaciones (es decir, no enviar un aviso o explicar por qué no fueron capaces de hacerlo) es responder por los daños y perjuicios que se pudieron ocasionar y que van entre \$5,000 y \$10,000 (según lo establecido en el nuevo artículo 41.26(3)).

Si un estado ha implementado un sistema más equilibrado que el de la DMCA, el TPP no debe anular proceso legislativo popular o imponer una aproximación genérica a las normas sustantivas y de procedimiento.

Posición de la EFF

Consideramos que las limitaciones de la responsabilidad de los intermediarios de Internet son necesarias tanto para la promoción de la innovación y la inversión en tecnología de Internet, así como para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, incluido el derecho a la privacidad y la libertad de expresión.

²⁰ http://www.ustr.gov/sites/default/files/2012_Special_301_Report_0.pdf

²¹ Para una comparación entre el sistema de USA y Canadá ver: <http://www.entertainmentmedialawsignal.com/2012/06/articles/copyright/online-infringement-canadian-notice-and-notice-vs-us-notice-and-takedown/>



Sin embargo, la imputación de responsabilidad a los intermediarios de Internet por las acciones que realizan los terceros en sus redes y plataformas ofrecen incentivos opuestos. Se alentará a los intermediarios de Internet a tomar medidas demasiado estrictas para reducir su exposición a posibles responsabilidades, lo que tendrá consecuencias negativas para los derechos fundamentales de los ciudadanos y la innovación futura en Internet. Los intermediarios de Internet pueden ser forzados por el miedo de ser responsables de infracciones a supervisar o vigilar todas las comunicaciones que pasan a través de sus redes y plataformas, o para diseñar tecnologías que puedan restringir a sus usuarios de subir cierto tipo de contenido. Esto, a su vez, limitaría la libertad de expresión de los ciudadanos y violaría su privacidad.

No recomendamos que los gobiernos deleguen a los intermediarios de Internet el cumplimiento de objetivos de política pública. Al obligar a los intermediarios a ser mucho más que proveedores de servicios, muchas de estas propuestas intentan impedir que sean los tribunales y los jueces quienes hacen cumplir la ley. Los ISPs no están bien equipados para tomar estas decisiones, y estas propuestas carecen de las garantías de debido proceso que son tan importantes en la sede judicial.

Sin embargo, en la medida en que los gobiernos desean condicionar las provisiones de “puerto seguro” a las acciones de los ISPs, los intermediarios deben cumplir con los estándares del debido proceso que se aplican a los gobiernos. Como mínimo, esto incluye:

- Transparencia,
- Rendición de cuentas,
- Exactitud,
- Medidas bien orientadas, que no causan daño colateral,
- Un medio oportuno y asequible de reparación, y,
- Equidad y proporcionalidad en la distribución de costos.

Estos seis puntos son solamente un intento de mitigar los impactos de las políticas que inherentemente tienen efectos inhibitorios sobre la libertad de expresión. El papel más apropiado para los intermediarios de Internet se limita a remitir los avisos de supuestas infracciones a sus clientes, y luego permitir que el sistema judicial determine los pasos siguientes. Esto incluye la protección de la identidad del usuario y el proceso de reclamos en contra de los abusos y tergiversaciones.

Contacto

Carolina Rossini en carolina@eff.org
Director for International Intellectual Property

Maira Sutton en maira@eff.org
Global Policy Analyst

Traducido por Gabriela Paliza para Hiperderecho (<http://www.hiperderecho.org>)

La versión original en inglés de este documento puede consultarse en https://www.eff.org/sites/default/files/filenode/ISPLiability_FNL.pdf.