

COMENTARIOS DEL CONSEJO CONSULTIVO DE LA SOCIEDAD CIVIL SOBRE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN AL COMITÉ DE POLÍTICAS DE INFORMACIÓN, INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES)

Resumen Ejecutivo

El Consejo Consultivo de la Sociedad Civil sobre la Sociedad de la Información (CSISAC) agradece la oportunidad de comentar sobre este borrador de resumen y elogia la decisión de complementar el trabajo sustancial de la OECD en el conocimiento de la economía con un enfoque especial en los beneficios públicos de los Intermediarios en Internet para la Sociedad de la Información plasmados en este proyecto. Ofrecemos estos comentarios sobre áreas propuestas de enfoque especial en este programa de investigación y planteamos sugerencias para subsiguientes fuentes relevantes con el objetivo de apoyar el énfasis del interés público del informe. Agradecemos posteriores intercambios sobre el trabajo del ICCP como se esboza en los *Principios para la Participación de Partes Interesadas No Gubernamentales en el Trabajo del Comité del ICCP y de sus Equipos de Trabajo*.¹

El crecimiento futuro de la Internet y su capacidad de alcanzar todo su potencial en las esferas económicas, cultural y social dependen de la adopción, por parte de los países de la OECD, de regímenes y marcos regulatorios que provean incentivos apropiados para la inversión en el desarrollo de las tecnologías de Internet y el despliegue generalizado de infraestructura de banda ancha, al tiempo de salvaguardar los derechos de los ciudadanos. Creemos que marcos apropiados hechos a la medida para proporcionar límites a la responsabilidad de los Intermediarios en Internet, son el impulso clave de la innovación en Internet y la libertad y autonomía de los individuos en la Sociedad de la Información.

Como planteó la CSISAC en la Declaración de Seúl, los países miembros de la OECD deben “mantener un marco balanceado para la protección de la propiedad intelectual que sea la menos intrusiva a la privacidad personal, la menos restrictiva para el desarrollo de nuevas tecnologías, y que promueva la creatividad, innovación, y el aprendizaje.”²

En este documento, hacemos hincapié en las preocupaciones de la sociedad civil en lo que apreciamos como las tres principales áreas de enfoque en el informe de la ICCP – (1) Alcance del Informe – Categorizando a los Intermediarios en Internet; (2) Beneficios Sociales y Económicos proporcionados por los Intermediarios en Internet; y (3) Mecanismos Cooperativos incluyendo Enfoques Legales relacionados a la Responsabilidad de los Intermediarios.

A continuación se presenta un resumen de los puntos que se abordan en mayor detalle posteriormente.

¹ Disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/38/34/42399492.pdf>.

² CSISAC, “Civil Society Declaration” disponible en <http://csisac.org/seoul.php>.

(1) Alcance del Informe – Categorizando a los Intermediarios en Internet

- Los intermediarios en Internet juegan un importante rol en hacer que los servicios del mundo sin conexión estén más al alcance de los consumidores y a la vez posibilitando una mayor diversidad de opciones para el consumidor.
- Un análisis riguroso del rol social y económico de los Intermediarios en Internet requiere su diferenciación no sólo por la función de la herramienta o servicio proporcionado, sino también por la arquitectura técnica empleada para hacerlo, especialmente en lo que se refiere a la transferencia de la información y su procesamiento.
- El rol de los Intermediarios en Internet ha evolucionado a lo largo del tiempo. El informe debe evitar una definición estática y ocuparse de intermediarios de transmisión (la mera transmisión), así como a los proveedores de información y de herramientas cuya actividad principal es proporcionar herramientas para que los usuarios puedan publicar y recuperar información en línea, y a los intermediarios financieros que facilitan el comercio electrónico en línea y que han sido sujetos de litigios recientes.
- El informe debe incluir, pero no debe limitarse, a actividades protegidas bajo los marcos legales existentes en la UE y los EE.UU., incluyendo las disposiciones de inmunidad para la expresión (sección 230 de la Ley de Decoro en las Comunicaciones de los EE.UU. (U.S. Communications Decency Act)) y la limitación de regímenes de responsabilidad para la responsabilidad sobre Derechos de Autor (sección 512 del estatuto de Derechos de Autor de los EE.UU. (U.S. Copyright statute) y los Artículos 12-15 de la Directiva sobre Comercio Electrónico de la UE).

(2) Beneficios Sociales y Económicos proporcionados por los Intermediarios en Internet

- La Web Participativa (Participative Web) y los Intermediarios en Internet crean externalidades que impactan positivamente la libertad y la autonomía de los usuarios de Internet en formas únicas para la producción entre pares que no pueden explicarse en el mercado.
- Los Intermediarios en Internet han transformado nuestro mundo social y político. Ellos han hecho que estén disponibles nuevas oportunidades para la creatividad, comunidad y acceso al gobierno. Los Intermediarios en Internet también han posibilitado nuevos modelos de innovación basados en la Internet y junto con las nuevas TIC tales como los wikis, han hecho posibles nuevos modelos de generación de conocimientos y de publicación.
- Los Intermediarios en Internet y los negocios vinculados a la Internet son responsables de \$ 300 billones de actividad económica en los Estados Unidos de América, generando 1.2 millones de puestos de trabajo que no existían hace dos décadas, y 1.9 millones de empleos adicionales que sustentan aquellas personas con empleos directamente relacionados a la Internet.
- El valor económico de la producción de pares y la autonomía del individuo son claves para entender los impactos sociales y económicos de la Economía de Internet.
- El informe de la ICCP debe enfatizar el rol de la Web Participativa. Un análisis empírico reflexivo demostrará que los beneficios sociales de la Web Participativa, hecha posible por los Intermediarios en Internet, supera por mucho cualquier

potencial de que la tecnología sea utilizada por los usuarios para dedicarse a actividades ilegales.

(3) Mecanismos Cooperativos y Enfoques Legales para la Responsabilidad de los Intermediarios

- El actual ambiente legal global plantea varios retos de política tanto para los Intermediarios de Internet como para aquellos que buscan utilizar la tecnología para promover el desarrollo económico y social. Primero, las leyes en distintos países contienen diferentes excepciones y limitaciones a los derechos de autor y protecciones para la libertad de expresión. Segundo, existe poco acuerdo y jurisprudencia divergente sobre la aplicación del derecho privado internacional y normas conflictivas relacionadas a la Internet. Tercero, el desarrollo de los mercados le ha dado incentivos a los Proveedores de Servicio de Internet para discriminar injustamente entre proveedores de contenido, aplicaciones, y servicios.
- El futuro crecimiento de la Internet y su capacidad para alcanzar su potencial completo en las esferas económica, cultural y social depende de que los países de la OECD adopten regímenes legales y marcos regulatorios que proporcionen incentivos apropiados para la inversión en el desarrollo de tecnologías de Internet, al tiempo de salvaguardar los derechos de los ciudadanos.
Marcos apropiados a la medida, para las limitaciones sobre responsabilidad de los Intermediarios en Internet, son impulsores claves de la innovación en Internet y la libertad y autonomía de los individuos en la Sociedad de la Información.
- Los enfoques legales de la responsabilidad de los intermediarios y la limitación de los regímenes de responsabilidad deben proveer un medio estable para la innovación tecnológica, pero también preservar el debido proceso, las libertades civiles y los derechos a la privacidad de los usuarios de Internet.
- En vez de enfocarse en la naturaleza horizontal o vertical de los regímenes de limitación de la responsabilidad, los cuales reflejan los objetivos de la política doméstica y la relativa fortaleza de cabildeo de las diferentes industrias en los países en los cuales existen, el Informe del ICCP debe enfocarse en vez de ello en la identificación de los valores particulares y los objetivos sociales que deben ser protegidos.
- A medida que cada vez más, vivimos una vida cultural y cívica “en línea” y dependemos de la existencia de plataformas como YouTube, Facebook, y MySpace, los foros de discusión, wikis y las comunidades de redes sociales, la limitación de los regímenes de responsabilidad necesitan ser evaluados por qué tipos de actividades facilitan para los usuarios finales, y no simplemente por su impacto directo en los intermediarios involucrados.
- El marco relativamente estable para la infraestructura tecnológica que ha estado en existencia en los EE.UU. y en la UE desde 1998 y 2000 y la cual posibilitó la creación de un amplio rango de Intermediarios en Internet, está ahora bajo la amenaza de una serie de iniciativas impulsadas por derechos de autor dirigidas a proteger lo que se percibe cada vez mas como modelos de negocios obsoletos que no se han adaptado a los retos y oportunidades de la era digital. Estos están ya impidiendo la inversión en investigación y desarrollo en TIC, y redefiniendo el ambiente de innovación tecnológica en los países de la OECD. A largo plazo, es probable que sofoquen la innovación en Internet y reduzcan la disponibilidad de TIC que puedan estimular la creatividad, construir comunidades, potenciar el compromiso

civil, facilitar la educación a distancia, y fomentar el desarrollo económico y social en todo el mundo.

- Los Intermediarios en Internet juegan un papel clave en facilitar, en línea, la libertad de expresión de los ciudadanos. Existen sólidas razones de política para limitar la responsabilidad de los Intermediarios en Internet u otorgarles inmunidad por los comentarios realizados por terceros con el fin de promover la libertad de expresión en línea. Los excesivos regímenes de notificación y cancelación (notice and takedown) son susceptibles de abuso y se han traducido en costos significativos para los Intermediarios.
- En la provisión de su evaluación de regímenes legales para la responsabilidad de los Intermediarios en Internet, el informe del ICCP debe considerar los beneficios de diferentes tipos de regímenes para cumplir con las necesidades de todas las partes interesadas en la Internet y los diversos objetivos de la Declaración de Seúl, entre ellos la protección de la libertad de expresión y de la información personal de los ciudadanos, el desarrollo de nuevos e innovadores servicios y tecnologías de Internet, la promoción de la competencia y de la opción de elegir de los usuarios, y de la expansión del acceso y el uso de la infraestructura de la Internet.

Para desarrollar una comprensión completa de los importantes beneficios económicos y sociales proporcionados por los Intermediarios en Internet y para identificar los potenciales retos de política en el rol de los Intermediarios en Internet en la implementación de la Declaración de Seúl sobre el Futuro de la Economía en Internet, recomendamos que el informe del ICCP debe:³

- Proporcionar un análisis comparativo del valor social y económico atribuible a los diferentes regímenes de puerto seguro (safe harbor) y limitante de responsabilidad de los Intermediarios en Internet en uso en los países de la OECD;
- Proporcionar un análisis comparativo de los correspondientes impactos de los regímenes de inmunidad, notificación y cancelación, y de regímenes de aviso-aviso sobre la protección de la libre expresión en línea;
- Producir recomendaciones de mejores prácticas sobre normas legales y prácticas de política para países que están evaluando la implementación de limitaciones legislativas de regímenes de responsabilidad, y para entidades dentro de los países de la OECD que están desarrollando políticas y prácticas para implementar tales regímenes legales;
- Considerar la importancia de una Internet no discriminatoria y abierta para alcanzar todos los beneficios de una web participativa y nivelar el campo de juego para la competencia que podría facilitar la convergencia de las redes digitales; y
- Producir recomendaciones de mejores prácticas para normas legales que podrían prevenir que los Proveedores de Servicios de Internet bloqueen, degraden o discriminen según el contenido, las aplicaciones o los dispositivos.

1. Alcance del Informe – Categorización de los Intermediarios en Internet

³ Vea las recomendaciones de política en la sección 2.2 y 4.2 de *Fueling Creativity, Ensuring Consumer and Privacy Protection, Building Confidence and Benefiting from Convergence: Recommendations and Contributions to the OECD Ministerial Meeting of 17-18 Junio 2008 from Civil Society Participants in the Public Voice Coalition*, disponible en <http://thepublicvoice.org/events/seoul08/cs-paper.pdf>.

Un análisis riguroso del rol social y económico de los Intermediarios en Internet requiere su diferenciación no sólo por la función de la herramienta o servicio provisto, sino también por la arquitectura empleada para hacerlo, especialmente en consideración de la transferencia y procesamiento de la información.

El borrador del resumen del informe del ICCP reconoce los retrocesos de una visión estática de los intermediarios, y sugiere categorías basadas en la función: (1) Organizaciones técnicas de Internet (esto es, proveedores de alojamiento de páginas, Proveedores de Servicio de Internet, Registradores de Dominios de Internet); (2) intermediarios de Comercio Electrónico (estos es, intermediarios financieros, plataformas de subastas y actores del comercio electrónico (e-commerce actors)); y (3) Proveedores de Aplicaciones (esto es, motores de búsqueda, plataformas de web participativa, mundos virtuales).

Desde la perspectiva de los usuarios de Internet, estos servicios, herramientas, y plataformas ejecutan muchas funciones comunes al igual que sus contrapartes sin conexión (en el mundo real). Aunque estas categorías posibilitan el análisis de los tipos de servicios ofrecidos, ellos no necesariamente brindan elementos para comprender del rol del Intermediario en Internet en la realización de funciones del mundo real que, por ejemplo, sean más asequibles o que posibiliten mayores opciones de elección para los consumidores. Por tanto, un análisis detallado requiere la consideración tanto del tipo de servicio o de la herramienta provista así como de los efectos de la arquitectura técnica particular utilizada para proporcionarlo. Al considerar el rol social y económico de los Intermediarios en Internet, el informe del ICCP debe analizar la forma en que la arquitectura técnica de las plataformas, productos, y servicios benefician a la sociedad, por medio del hecho de hacer la transferencia y procesamiento de información más eficiente y/o transparente.

Estamos de acuerdo que el informe del ICCP debe evitar enfocarse en una mirada estática de los intermediarios, y en particular, debe considerar, pero no limitarse a los tipos de actividades facilitadas por la limitación de la responsabilidad y los regímenes de inmunidad de los Intermediarios en Internet en existencia en los países miembros de la OECD, incluyendo el régimen de puerto seguro de los Proveedores de Servicio de Internet en la sección 512(a-d) de la Ley de Derechos de Autor de los EE.UU. y las disposiciones de limitación de responsabilidad en los Artículos 12-15 de la Directiva 2000/31/EC del Parlamento Europeo y del Consejo del 8 de junio de 2000 sobre ciertos aspectos legales de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico, en el Mercado Interno (la Directiva de Comercio Electrónico de la UE) y su implementación en los diversas leyes nacionales de los Estados Miembros de la UE; y en la Sección 230 de la Ley de Decoro en las Comunicaciones de los EE.UU..

Creemos que el Informe del ICCP debe ocuparse de los Proveedores de Servicio de Internet tradicionales que actúan como meros conductores proporcionando la conectividad a la Internet (intermediarios de transmisión) incluyendo el creciente rol de los servicios inalámbricos como proveedores de acceso a Internet. Además, el estudio debe cubrir a los distribuidores de información, tales como los motores de búsqueda, los proveedores de alojamiento, los sitios de redes sociales y de bitácoras (blogging), plataformas de video y subasta, cuya principal actividad es la provisión de herramientas para que los usuarios publiquen y recuperen información en línea, y otros Intermediarios que faciliten el Comercio

Electrónico y la actividad en línea, tales como los intermediarios financieros, los cuales han sido cada vez más blanco de litigios sobre propiedad intelectual en los Estados Unidos.⁴

Evolución Histórica de los Intermediarios en Internet

El informe del ICCP debe considerar el rol evolutivo de los intermediarios en Internet con el fin de desarrollar recomendaciones de principios de políticas que tengan una influencia duradera en el tiempo. Con los años, los intermediarios en Internet se han desplazado del ofrecimiento de acceso básico a Internet y de servicios de correo electrónico a proporcionar un amplio rango de herramientas basadas en la web que permiten a cualquier usuario de computadora publicar cualquier cosa en formato digital, a un bajo o indirecto costo financiero.⁵

Varios factores importantes han hecho posible la existencia de intermediarios, que son capaces de proporcionar económicos servicios relacionados a Internet a los ciudadanos mundiales, lo que a su turno, ha estimulado el desarrollo de la Sociedad de la Información. Ello incluye:

- a) Marcos legales que proporcionan puertos seguros o limitaciones de responsabilidad para los intermediarios por conducta ilegal del usuario y generación ilegal de contenido por parte del usuario (discutido en mayor detalla posteriormente.)
- b) La arquitectura punto a punto de la Internet⁶: una red que no cuenta con un punto central de control diseñado para encausar los paquetes de datos sin considerar su contenido, facilita la creación de herramientas de inteligencia en los “extremos” de la red⁷; y

⁴ Ver, por ejemplo, Perfect10 contra CCBill, Caso N°s. 04-57143, 04-57207 (9^{no} Circuito, 29 de marzo de 2007); Perfect10 contra Visa International Service Association, _F.3d_ (9^{no} Circuito, 03 de julio de 2007).

⁵ Existen muchos recursos que detallan la evolución histórica de los servicios e intermediarios en Internet. Ver, por ejemplo, B. M. Leiner, V. G. Cerf, D. D. Clark, R. E. Kahn, L. Kleinrock, D. C. Lynch, J. Postel, L. G. Roberts y S. Wolff, *A Brief History of the Internet*, disponible en <http://www.isoc.org/internet/history/brief.shtml> (que explica los orígenes de la Internet y su crecimiento inicial); JOHN BATTELLE, *THE SEARCH: HOW GOOGLE AND ITS RIVALS REWROTE THE RULES OF BUSINESS AND TRANSFORMED OUR CULTURE*, (Portfolio, 2005) (que se enfoca en el desarrollo, importancia y ubicuidad de los motores de búsqueda y el surgimiento y el dominio del mercado por parte de Google); HAL ABELSON, KEN LEDEEN & HARRY LEWIS, *BLOWN TO BITS: YOUR LIFE, LIBERTY AND HAPPINESS AFTER THE DIGITAL EXPLOSION* (Addison-Wesley/Pearson Education, 2008), también disponible en http://www.bitsbook.com/wp-content/uploads/2008/12/B2B_3.pdf; KATIE HAFNER, *WHERE WIZARDS STAY UP LATE: THE ORIGINS OF THE INTERNET* (Simon & Schuster, 1998) (que explica de manera detallada como la Internet ha venido a ser lo que es y su modelo de gobernanza del punto de vista dominante); TIM BERNERS-LEE, *WEAVING THE WEB: THE ORIGINAL DESIGN AND ULTIMATE DESTINY OF THE WORLD WIDE WEB* (Collins Business, 2000) (que explica el significado de la falta de una autoridad o punto central en la Internet); Tim O'Reilly, *What Is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software*, disponible en <http://oreilly.com/lpt/a/6228> (que explica cómo las nuevas herramientas de software han cambiado a la web en una plataforma para la participación y el debate del usuario).

⁶ Ver el Internet Architecture Board, *Architectural Principles of the Internet (Request For Comments 1958)*, Marzo 2004, disponible en <http://www.ietf.org/rfc/rfc1958.txt>; ver también Jonathan Zittrain, *The Generative Internet*, 119 HARV. L. REV. Law 1974 (2006), también disponible en <http://www.harvardlawreview.org/issues/119/may06/zittrain.pdf> (que arguye que la Internet se conceptualiza mejor como una rejilla generativa que incluye tanto a las PCs como a las redes en vez del de una red abierta indiferente a la configuración de sus puntos extremos). Para un análisis técnico, ver J. H. SALTZER, D.P. REED, AND D. D. CLARK, *END-TO-END ARGUMENTS IN SYSTEM DESIGN*, (Artech House, 1981), pp. 30–41, también disponible en <http://web.mit.edu/Saltzer/www/publications/endtoend/endtoend.pdf>.

⁷ Lawrence Lessig explica porque este diseño tiene importantes consecuencias para la innovación: a) debido a que las aplicaciones se ejecutan en las computadoras en el lindero de la red, los innovadores con nuevas

- c) Los costos decrecientes de hardware y software, debido a los cambios radicales en el desarrollo de hardware y a la extendida adopción de software libre y de código abierto.

Sin embargo, varias propuestas recientes impulsadas por los derechos de autor dirigidas a incrementar la responsabilidad de la intermediación en Internet, descritas en mayor detalle posteriormente, ahora amenazan a estos determinantes claves de la infraestructura de la información.⁸ Cualquier recomendación de política para los miembros de la OECD debe ser cuidadosa para preservar estos pilares fundamentales sobre los cuales se ha desarrollado la Internet.

Otros factores claves que el informe del ICCP debe considerar son, la extendida adopción de las tecnologías de información y comunicación para las actividades diarias y la vida social de los ciudadanos, y la creciente importancia de la información en el conocimiento de la economía y la correspondiente importancia de la generación de información y las herramientas de recuperación de esta basadas en Internet.

2. Beneficios Sociales y Económicos Proporcionados por los Intermediarios en Internet

Como la OECD reconoce, al igual que los servicios la Internet apoya “volverse omnipresente, ubicua y más esencial en la vida diaria, la economía es cada vez más la economía en Internet”⁹

Los intermediarios en Internet juegan un amplio rango de roles económicos y sociales. El éxito del comercio electrónico, las plataformas de subasta y de avisos clasificados a nivel mundial demuestra el enorme potencial de la Internet para generar y sostener nuevos modelos de negocios¹⁰, creando posibilidades empresariales imprevistas y alentando una transformación completa de los negocios. La OECD ha notado que “al dar poderes a los consumidores a través de un gran acceso a la información, facilitando la comparación de precios, incrementando la competencia y creando una presión a la baja de los precios, la Internet ha empezado a transformar la relación entre proveedores y consumidores, creando oportunidades para nuevos modelos de negocios impulsados por los usuarios”¹¹.

aplicaciones sólo necesitan conectar sus computadoras a la red para permitir que se ejecuten sus aplicaciones. No se requiere ningún cambio en las computadoras dentro de la red; b) debido a que el diseño no está optimizado para una aplicación particular existente, la red está abierta a la innovación no imaginada originalmente. Todo el Protocolo de Internet (IP) hace de su cálculo una forma de empaquetar y conducir datos; este no conduce o procesa ciertos tipos de datos mejor que otros, y c) debido a que el diseño logra una plataforma neutral-neutral en el sentido que el dueño de la red no puede discriminar unos paquete mientras favorece a otros-la red no puede discriminar el diseño de un nuevo innovador. Si una nueva aplicación amenaza una aplicación dominante, no existe nada que la red pueda hacer al respecto. La red se mantendrá neutra a pesar de la aplicación. Ver LAWRENCE LESSIG, *THE FUTURE OF IDEAS: THE FATE OF THE COMMONS IN A CONNECTED WORLD*, (Random House, 2001), pp. 36-37, también disponible en http://thefutureofideas.s3.amazonaws.com/lessig_FOI.pdf.

⁹ Ver OECD, *Shaping Policies for the Future of the Internet Economy*, p. 4, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/1/29/40821707.pdf>.

¹⁰ Ver, por ejemplo, C. ANDERSON, *THE LONG TAIL: WHY THE FUTURE OF BUSINESS IS SELLING LESS OF MORE* (Revised and Updated Edition, Hyperion, 2008) (que arguye que la Internet hizo posible un modelo de negocios basado en la venta de pequeños volúmenes de artículos únicos o poco conocidos a muchos clientes, en vez de vender grandes cantidades de un número reducido de artículos populares, debido a menores costos de almacenamiento y distribución).

¹¹ Ver OECD, *Shaping Policies for the Future of the Internet Economy*, p. 7.

Los intermediarios en Internet también han transformado nuestro mundo social y político. Han hecho posibles nuevas oportunidades para la creatividad, la comunidad y el acceso al gobierno. Plataformas como YouTube han disminuido el costo de acceso para la creación y distribución de video. Ello ha posibilitado una cultura democrática emergente donde la interactividad con el mundo que rodea a los usuarios de Internet forma un fuerte cimiento para la libertad de expresión.¹² Los intermediarios en Internet también han transformado nuestras nociones del discurso cultural y cívico, dándoles poder a los ciudadanos comunes para ser escuchados al lado de cabilderos muy bien financiados. Los candidatos políticos ahora confían de manera creciente en YouTube y sus oportunidades de diseminación viral para distribuir sus declaraciones políticas para influenciar a los votantes. En Irán, los ciudadanos han utilizado recientemente las bitácoras (blogs), Twitter y Facebook para evadir la censura estatal y organizarse a sí mismos para elevar la presión global para un cambio de régimen.¹³ La ubicuidad del uso de la Internet en la vida diaria habla por sí misma.¹⁴ Dentro de los trabajos de la OECD sobre el tema, resaltaríamos la relevancia de los siguientes informes: *Convergence and Next Generation Networks (Convergencia y Nueva Generación de Redes)* (2008),¹⁵ *Internet Traffic Exchange: Market Developments and Measurement of Growth (Intercambio de Tráfico en Internet: Desarrollo de Mercados y Medición del Crecimiento)* (2006),¹⁶ y *Participative Web: User-created content (Web Participativa: Contenido creado por el Usuario)* (2007).¹⁷

Innovación Posibilitada por Internet

¹² Ver en general Jack M. Balkin, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, 79 NYU L. Rev. 1 (2004)

¹³ Brad Stone y Noam Cohen, *Social Networks Spread Defiance Online*, N.Y. TIMES, 15 de junio de 2009 en http://www.nytimes.com/2009/06/16/world/middleeast/16media.html?_r=1; Bob Sullivan, *Twitter 1, Censors 0: Why It's Still Working*, THE RED TAPE CHRONICLES (MSNBC Blog), 18 de junio de 2009 en <http://redtape.msnbc.com/2009/06/twitter-1-censorship-0-why-its-working.html>; Mark Landler y Brian Stelter, *Washington Taps Into A Potent New Force in Diplomacy*, N.Y. TIMES, 18 de junio de 2009 en http://www.nytimes.com/2009/06/17/world/middleeast/17media.html?_r=1; Matthew B. Stannard, *S.F. Techie Helps Stir Iranian Protests*, SAN FRANCISCO CHRONICLE, 17 de junio de 2009, en <http://www.sfgate.com/cgi-bin/article.cgi?f=/c/a/2009/06/17/MN75188C6K.DTL>.

¹⁴ A pesar de la división digital en las naciones en desarrollo, cada vez más personas tiene acceso a la Internet y a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación a través de los cafés informáticos, puntos públicos de acceso libre, bibliotecas y computadoras en el centro laboral.

¹⁵ Disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/25/11/40761101.pdf>.

¹⁶ Disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/25/54/36462170.pdf>.

¹⁷ Disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/57/14/38393115.pdf>. Ver también A. L. SHAPIRO, THE CONTROL REVOLUTION: HOW THE INTERNET IS PUTTING INDIVIDUALS IN CHARGE AND CHANGING THE WORLD WE KNOW (Public Affairs, 1999)(que presenta un panorama general de las posibilidades de las tecnologías de Internet para el cambio social); C. SHIRKY, HERE COMES EVERYBODY: THE POWER OF ORGANIZING WITHOUT ORGANIZATIONS (The Penguin Press HC, 2008) (que explica como la ubicuidad del acceso a Internet y las herramientas sociales basadas en la Web posibilitan la formación súbita de grupos y la interacción entre individuos con los mismos intereses, sin importar su ubicación física); D. GILLMOR, WE THE MEDIA: GRASSROOTS JOURNALISM BY THE PEOPLE, FOR THE PEOPLE (O'Reilly Media, Inc, 2006), también disponible en <http://oreilly.com/catalog/wemedia/book/index.csp> (que muestra como los medios tradicionales han perdido su monopolio sobre las noticias, gracias a los periodistas de organizaciones de base que utilizan herramientas basadas en la Web); M. CASTELLS, THE RISE OF THE NETWORK SOCIETY (THE INFORMATION AGE: ECONOMY, SOCIETY AND CULTURE, VOL. 1) (Wiley-Blackwell, 2nd edition, 2000) (que explica en gran detalle cómo casi todos los aspectos de la sociedad han sido transformados por las ubicuas redes de computadoras) y Y. BENKLER, THE WEALTH OF NETWORKS: HOW SOCIAL PRODUCTION TRANSFORMS MARKETS AND FREEDOM, (Yale University Press, 2007), también disponible en http://www.benkler.org/Benkler_Wealth_Of_Networks.pdf (que muestra como una economía informada en red permite a los individuos y grupos ser productivos, le da poder a las personas, y promueve el crecimiento económico y la libertad de expresión).

Aparte de su rol transformador en la vida social y cívica de los ciudadanos, los intermediarios en Internet y los negocios vinculados a Internet son responsables de actividades económicas por \$ 300 billones en los Estados Unidos de América, y representan 2.1% del total del Producto Bruto Interno (PBI) de los Estados Unidos, generando 1.2 millones de trabajos que no existían hace dos décadas, y un adicional de 1.9 millones de trabajos que sostienen a aquellas personas con empleos directamente vinculados a Internet.¹⁸

Los intermediarios en Internet también han posibilitado nuevos modelos de innovación basados en Internet. Por ejemplo, la necesidad de transmisión segura del tráfico de Internet ha creado un mercado para los servicios de cifrado. Las actividades tales como la banca en línea y el comercio electrónico, para nombrar unos cuantos, confían en servicios de cifrado que normalmente son provistos por compañías especializadas.

Los intermediarios en Internet, junto con las nuevas TIC como los wikis, han posibilitado nuevos modelos de generación de conocimientos y publicación, tales como la más completa enciclopedia en línea, Wikipedia, creada por miles de voluntarios esparcidos alrededor del mundo, y la secuenciación del Genoma Humano.

Otros intermediarios en Internet han promovido la innovación por medio de herramientas que pueden ser reutilizadas por terceros, tales como las Interfaces de Programación de Aplicaciones (APIs). Estas APIs pueden ponerse a disposición de otros intermediarios o incluso al público en general, y entonces ser utilizados para crear una *aplicación web híbrida o remezcla*, definido como “una página web o aplicación que combina datos o funcionalidad de dos o más fuentes externas para crear un nuevo servicio.”¹⁹ Esto significa que el contenido o datos sin procesar proporcionada por diferentes sitios Web pueden ser agrupados y reutilizados en formas diferentes, generando nuevos servicios y modelos de negocios. Un ejemplo es la combinación de los API de Google Maps con otros sitios Web, posibilitando a las personas el incluir datos de mapas en otras plataformas en línea para muchos propósitos distintos.²⁰

El Libre Flujo de la Información y de la Transformación Social y Política

Además de su valor económico, los intermediarios en Internet también juegan un rol crucial en el desarrollo de la Sociedad de la Información. La Declaración de Seúl sobre el Futuro de la Economía en Internet propone el “promover un acceso ubicuo a las redes y servicios de las TIC posibilitando la participación generalizada en la Economía en Internet,”²¹ con el fin de “reforzar el libre flujo de información, la libertad de expresión, y la protección de las

¹⁸ Ver John Deighton y John Quelch de la Escuela de Negocios de Harvard, *Economic Value of the Advertising-Supported Internet Ecosystem*, un Estudio de la Advertising Bureau of the USA (IAB), de próxima aparición el 11 de agosto de 2009; OECD Information Technology Outlook 2008 (Chapter 1: The IT Industry: Recent Developments and Outlook, y Chapter 5: Digital Content in Transition); OECD Communications Outlook 2009, Chapter 3: Telecommunication Market Size.

¹⁹ Ver ProgrammableWeb FAQ, disponible en <http://www.programmableweb.com/faq>.

²⁰ Ver John Markoff, *Marrying Maps to Data for a New Web Service*, N.Y. TIMES, 18 de Julio de 2005, disponible en <http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9E05EFD81130F93BA25754C0A9639C8B63&sec=&spon=&pagewanted=print>.

²¹ *The Seoul Declaration for the Future of the Internet Economy*, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/49/28/40839436.pdf>, p. 4.

libertades individuales,”²² los cuales son reconocidos como “componentes críticos de una sociedad democrática y de la diversidad cultural.”²³

La Declaración de Seúl también llama a la OECD y a los estados miembros a implementar políticas que incentiven la creatividad en el desarrollo, uso y aplicación de la Internet²⁴, así como garantizar que la Economía en Internet sea realmente global,²⁵ a través de políticas que, entre otras, mantendrán un ambiente abierto que sostenga el libre flujo de la información, la investigación, la innovación, el emprendimiento y la transformación de los negocios,²⁶ y la promoción del uso de Internet y de las redes de TIC relacionadas, por todas las comunidades, así como la creación de contenido local y las traducciones a múltiples idiomas, con el fin de mejorar la inclusión económica y social de personas con diferentes capacidades, educación, y habilidades, y para preservar la diversidad lingüística y cultural.²⁷

Producción de Pares y Web Participativa

A lo largo de las mismas líneas, el informe de la OECD *Configurando Políticas para el Futuro de la Economía de Internet (Shaping Policies for the Future of the Internet Economy)* hace un llamado para “crear un ambiente que aliente la inversión en infraestructura, altos niveles de conectividad y servicios y aplicaciones innovadoras”,²⁸ y también reconoce que “el mayor aumento de la productividad vendrá cada vez más del uso, en vez de la producción, de las redes TIC.”²⁹

Creemos que el informe del ICCP debe dar énfasis al rol de la Web Participativa – definida en el trabajo precedente de la OECD como “servicios web inteligentes que dan poder al usuario para contribuir al desarrollo, la clasificación, la colaboración y la distribución de contenido en Internet y la personalización de las aplicaciones en Internet.”³⁰ Creemos que un atento análisis empírico demostrará que los beneficios sociales de la Web Participativa hechos posibles por los intermediarios en Internet superan por mucho algunos usos potenciales de la tecnología por usuarios dedicados a actividades ilícitas.

La OECD se ha ocupado de algunos aspectos de estos temas en su informe precedente *Web Participativa: Contenido Creado por Usuario (Participative Web: User-Created Content)*.³¹ Estas áreas de enfoque clave del trabajo de la OECD captura algunos de los más importantes avances en las maneras en las que las personas han forjado nuevos medios de producción económica y han creado nuevas formas de cultura democrática en el medio digital en red. Es particularmente significativo considerar las maneras en las cuales estas relaciones en red producen externalidades positivas en lo social y económico fuera del contexto tradicional del análisis económico del mercado. Los beneficios sociales ofrecidos por los fenómenos de producción de conocimiento tales como Wikipedia, donde el público de Internet produjo una enciclopedia de una magnitud jamás imaginada y en una estructura de gobierno hasta ahora

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

²⁴ *Id.* en 7.

²⁵ *Id.* en 8.

²⁶ *Id.* en 7.

²⁷ *Id.* en 8-9.

²⁸ Disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/1/29/40821707.pdf>, p. 6.

²⁹ *Id.* en 4. Apuntando a la necesidad de un cambio de política de la provisión de tecnología en países con casi un acceso universal básico a computadoras a garantizar a que esta sea utilizada eficazmente. *Id.* en 11.

³⁰ Disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/57/14/38393115.pdf>.

³¹ Disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/57/14/38393115.pdf>.

imposible. Plataformas informáticas distribuidas tales como la World Community Grid,³² que utiliza una agrupación descentralizada de la energía informática en momentos de inactividad de una computadora individual para procesar inmensas cantidades de datos para encontrar la cura para las enfermedades descuidadas, la cual es única para el exceso de capacidad informativa de la economía del conocimiento y de la cultura democrática de la Sociedad de la Información.

Mucho se ha escrito por más de una década sobre la profunda importancia de los commons para la economía del conocimiento y de la producción por pares basada en commons que estos posibilitan. La clave de estos acontecimientos es el rol de los Intermediarios en Internet que posibilitan las redes que conectan a las personas entre ellas. Yochai Benkler, en su innovador trabajo *The Wealth of Networks (La Riqueza de las Redes)* examina el paradigma de la naturaleza cambiante de estos avances:

“... Procesadores ubicuos de bajo costo, medios de almacenamiento, y la conectividad en red han hecho prácticamente posible para las personas, solas y en conjunto con otras, el crear e intercambiar información, conocimiento, y cultura bajo patrones de reciprocidad social, redistribución, e intercambio, en vez de una producción patentada, basada en el mercado. Los requisitos de capital material básico para la producción de información están ahora en las manos de billones de personas alrededor del mundo las cuales están conectadas entre ellas más o menos continuamente. Estas condiciones materiales les han dado a los individuos una nueva libertad de acción práctica. Si una persona o grupo desea empezar un proyecto de producción de información por cualquier razón, ese grupo o persona no necesita juntar fondos considerables para adquirir el capital necesario.”³³

Desde la perspectiva de la Sociedad Civil, el trabajo de la OECD sobre la Web Participativa esta también en el meollo de la libertad plasmada en la Sociedad de la Información, muy a menudo pasada por alto en el diseño de políticas. La libertad que preserva la autonomía de las personas para hablar políticamente, participar en la cultura y actuar dentro de la comunidad se debe en gran medida al rol de los Intermediarios en Internet para conectar a las personas en vez de regular su comportamiento. Benkler explica que el corazón de esta arquitectura de la libertad es el individuo en el sentido que “la emergencia de la economía de la información en red (...) nos permite hacer más para y por nosotros mismos.”³⁴ La creación de fuentes de información y de instalaciones de comunicación que nadie posee o controla de manera exclusiva “(...) remueve alguna de las más elementales oportunidades para la manipulación, de aquellos que dependen de la información y la comunicación, por parte de los dueños de los medios de comunicaciones básicos y de los productores de las formas culturales esenciales”³⁵ y “elimina las restricciones estructurales que hacen imposible el comunicarse completamente sin ser sujeto de dichas acciones por parte de terceros.”³⁶

³² Ver <http://www.worldcommunitygrid.org/>.

³³ Ver Y. BENKLER, THE WEALTH OF NETWORKS: HOW SOCIAL PRODUCTION TRANSFORMS MARKETS AND FREEDOM, n.17, supra. También disponible en http://www.benkler.org/Benkler_Wealth_Of_Networks.pdf, p. 462.

³⁴ *Id.* en 464.

³⁵ *Id.* en 465.

³⁶ *Ibid.*

El valor económico de la producción en pares y la autonomía del individuo son las claves para entender los impactos sociales y económicos de la Economía en Internet. La Web Participativa y su productividad no mercantil (non-market productivity) es lo que posibilita a las personas compartir información y atraer la atención a asuntos que de otra manera serían ignorados. Por ejemplo, los regímenes represivos ya no pueden escapar más de la atención de la comunidad internacional; no importa que restricciones traten de imponer sobre sus propios medios o plataformas de comunicaciones.³⁷ Las herramientas sociales como YouTube, Twitter, sitios de redes sociales y las plataformas de bitácoras (blogs) libres proporcionan lugares para expresarse sin censura, permitiendo que se vean y debatan eventos en tiempo real. Los usuarios expertos en tecnología pueden utilizar servidores proxy abiertos o libres y muchas otras herramientas³⁸ para navegar y publicar contenido en la Internet de manera anónima y, en la mayoría de los casos, son también capaces de evadir el bloqueo de mecanismos de filtrado de impuestos por el gobierno a sus Proveedores de Servicios de Internet (ISP), como recientes acontecimientos lo han demostrado.³⁹

3. Mecanismos Cooperativos Incluyendo Enfoques Legales a la Responsabilidad de los Intermediarios

El actual medio legal mundial plantea varios retos de política tanto para los intermediarios en Internet, como para aquellos que buscan utilizar la tecnología para promover el desarrollo económico y social. Primero, las leyes en diferentes países contienen distintas excepciones y limitaciones a los derechos de autor y protecciones para la libertad de expresión. Segundo, existe muy poco acuerdo y jurisprudencia divergente acerca de la aplicación del Derecho Internacional Privado y conflicto de normas en casos vinculados a la Internet. Ello hace difícil evaluar la potencial responsabilidad legal que podrían afrontar los intermediarios en Internet al ofrecer servicios innovadores transfronterizos, y reduce la disponibilidad de tecnologías en países que podrían utilizarlas de manera más óptima. Tercero, los avances en el mercado les han dado a los Proveedores de Servicio de Internet incentivos para discriminar entre los proveedores de contenido, aplicaciones y servicios.

Normas legales para la imposición de responsabilidad deben considerar el nivel de control (si existe alguno) que un intermediario en Internet ejerce sobre la conducta del usuario y sobre el material ilegal, pero esta consideración no debe confundirse con un mandato para rediseñar el servicio o producto. Las reglas deben basarse en la capacidad real para controlar, y no en la mera afirmación de una obligación de control.

³⁷ Ver en general S. KALATHIL AND T. C. BOAS, OPEN NETWORKS, CLOSED REGIMES: THE IMPACT OF THE INTERNET ON AUTHORITARIAN RULE, (Carnegie Endowment for International Peace, 2003); and R. DELBERT ET AL., ACCESS DENIED: THE PRACTICE AND POLICY OF GLOBAL INTERNET FILTERING (The MIT Press, 2008), también disponible en <http://opennet.net/accessdenied>.

³⁸ Ver, por ejemplo, The Tor Project, disponible en <http://www.torproject.org/>; Freenet Project, disponible en <http://freenetproject.org/>; Privoxy, disponible en <http://www.privoxy.org/>, y I2P Anonymous Network, disponible en <http://www.i2p2.de/>.

³⁹ Ver James C. McKinley Jr., *Cyber-Rebels in Cuba Defy State's Limits*, N.Y. TIMES, 06 de marzo de 2008, http://www.nytimes.com/2008/03/06/world/americas/06cuba.html?_r=1&pagewanted=print (que presenta como una red subterránea) presenting how an underground network of young Cuban citizens using computer memory sticks, digital cameras and clandestine Internet hookups has been spreading news that the official Cuban state media try to suppress), and Andrew LaVallee, *Web Users in Iran Reach Overseas for Proxies*, DIGITS: TECHNOLOGY NEWS AND INSIGHTS (WALL STREET JOURNAL BLOG), June 15, 2009, available at <http://blogs.wsj.com/digits/2009/06/15/web-usersin-iran-reach-overseas-for-proxies/> (reporting how Twitter is playing a major role in the wake of the Iranian election riots and how users from all over the world have configured their own computers to act as open proxy servers for Iranian citizens).

Existe una distinción clave entre dos tipos de servicios provistos por los intermediarios:

a) intermediarios de transmisión o *meros conductores*, tales como proveedores de conexiones troncales de Internet y proveedores de acceso, cuya actividad principal es la conectividad a la Internet; y

b) *distribuidores de información*, tales como motores de búsqueda, proveedores de alojamiento de páginas, sitios de redes sociales y bitácoras (blogs), plataformas de video y de subastas, cuya actividad principal es la provisión de herramientas para que los usuarios publiquen y recuperen información en línea. La última categoría de intermediarios puede, en algunas circunstancias, tener un mayor nivel de control sobre la actividad de sus usuarios, pero no será capaz de ejercer control ante la ausencia de conocimiento específico de un comportamiento infractor o ilegal.

Las regulaciones legales que gobiernan el comportamiento de los intermediarios que actúan como meros conductores debe considerar los incentivos que estos proveedores tienen para discriminar basados en contenido, aplicaciones y servicios. Por ejemplo, estos intermediarios a menudo son también propietarios de contenido con derechos de autor y pueden tener un incentivo para discriminar en contra de otros proveedores de contenido.

La Importancia de las Limitaciones a la Responsabilidad de los Intermediarios en Internet

Desde 1998 al 2000, muchos países de la OECD adoptaron regímenes legales especiales para los Proveedores de Servicio de Internet y otros intermediarios en Internet, limitando su potencial responsabilidad legal por infracción de las normas de derechos de autor, y difamación. Estas normas fueron adoptadas en reconocimiento a la importancia social de promover la conectividad de Internet y de las comunicaciones en red. Hoy, que de manera creciente nuestra vida cultural y cívica se vive “en línea”, y depende de la existencia de plataformas tales como YouTube, Facebook, y MySpace, foros de debate, wikis y comunidades de redes sociales, la limitación de los regímenes de responsabilidad necesitan ser evaluados considerando que tipos de actividades se facilitan para los usuarios finales, y no simplemente por su impacto directo en los intermediarios involucrados. En pocas palabras, la producción por pares y el contenido generado por el usuario no serían posibles si no fuera por la existencia de los regímenes de limitación de responsabilidad. No es un accidente que el contenido generado por el usuario en plataformas de alojamiento como YouTube, MySpace y Facebook fueran creados y hayan florecido en un país que tiene un bien establecido régimen de puerto seguro que protege a las plataformas de alojamiento de un, de lo contrario, potencial responsabilidad ilimitada por infracción de derechos de autor, y una protección sólida a la libertad de expresión.

En vez de enfocarse en la naturaleza horizontal o vertical del régimen de limitación de responsabilidad, el cual refleja los valores y objetivos de política domésticos y la fortaleza relativa del cabildeo de las diferentes industrias en los países que los tienen, recomendamos que el Informe del ICCP se concentre en vez de ello en los valores particulares y los objetivos sociales que deben ser preservados, y luego investigar la utilidad comparativa de mecanismos de varios países que hayan sido adoptados para alcanzar dichos fines.

Responsabilidad con relación a los Derechos de Autor y Regímenes de Notificación y Cancelación

La ley de Derechos de Autor de los EE.UU. contiene cuatro “limitantes de responsabilidad” para las actividades rutinarias de los intermediarios en Internet: que actúan como conductores de las comunicaciones en Internet, captura de información, alojamiento de contenido creado por el usuario, y provisión de herramientas de localización de información y motores de búsqueda (17 U.S.C. §512). La ley de la Comunidad Europea contiene un conjunto similar de disposiciones de limitación de responsabilidad para servicios de la sociedad de la información y proveedores los cuales proporcionan conectividad, contenido almacenado, y alojamiento de contenido creado por el usuario (Directiva sobre Comercio Electrónico de la UE, Artículos 12-15).

Estos regímenes crearon un medio relativamente estable para la innovación. Ello, a su vez, facilitó el desarrollo de sólidas plataformas de alojamiento tales como YouTube, y wikis, los cuales han hecho posible una completa y libre enciclopedia mundial (Wikipedia) y un rico mundo de contenido creado por usuarios, empresas globales (eBay) y poderosas herramientas de búsqueda (Google, Yahoo!).

Sin embargo, ese medio está ahora amenazado desde varios frentes. Primero, desde 1996 ha existido un movimiento dirigido a caracterizar reproducciones temporales y transitorias de material digital con derechos de autor, tales como aquellos en la memoria de la computadora, como infracción de derechos de autor. Este punto de vista fue adoptado, de manera un tanto controversial, en el histórico Libro Blanco de 1995 de la U.S. National Information Infrastructure Taskforce (Grupo de Trabajo sobre la Infraestructura Nacional de Información de los EE.UU.), el cual recomendaba que los Proveedores de Servicio de Internet sean considerados responsables directos de infracción de derechos de autor por su rol de trasladar las comunicaciones por sus redes. Dado que las comunicaciones en Internet involucran la reproducción y distribución en serie de material digital, esto se habría traducido en una responsabilidad potencialmente inmanejable para los Proveedores de Servicio de Internet y para los intermediarios en Internet. Aunque está claro que no existe un consenso internacional sobre este punto, y a pesar de una reciente decisión apelada en los EE.UU. confirmando que las reproducciones temporales y transitorias no deben ser tratadas como infracción de derechos de autor bajo las leyes de derechos de autor de los EE.UU.⁴⁰, los últimos 10 acuerdos comerciales bilaterales de los EE.UU. han requerido a sus socios comerciales a tratar a las copias transitorias y temporales como una infracción procesable de derechos de autor. Ello ha incrementado el alcance directo de responsabilidad potencial por derechos de autor para intermediarios en Internet alrededor del mundo, y reprime el avance tecnológico y la inversión en países donde no existen principios contrapuestos de limitación (tales como la doctrina del uso legítimo o razonable en los EE.UU.) o excepciones de derechos de autor para intermediarios.

Segundo, los grupos industriales de titulares de derechos de autor han intentado derribar el balance existente en el régimen de puerto seguro y limitación de responsabilidad por derechos de autor, con el propósito de tomar medidas drásticas sobre la percepción generalizada, por parte de los usuarios de la Internet, de violación de derechos de autor en línea. Estos esfuerzos ponen en peligro derechos fundamentales a la privacidad de los usuarios de Internet y

⁴⁰ The Cartoon Network LP, LLP et al. v. CSC Holdings, Inc. y Cablevision Systems Corporation, (2do Circuito, 4 de agosto de 2008), *certiorari denegado*, disponible en http://www.eff.org/files/filenode/studios_v_cablevision/cablevision-decision.pdf.

amenazan el principio de punto a punto que es fundamental para la arquitectura abierta de la Internet. El régimen de puerto seguro de los EE.UU. específicamente estipula que a los Proveedores de Servicios de Internet y los Proveedores de Servicios en Línea no se les exige vigilar ni buscar expresamente evidencia de una potencial infracción en sus redes (17 USC §512(m)). De manera similar, el Artículo 15 de la Directiva de Comercio Electrónico de la UE establece que los proveedores de servicios de la sociedad de la información no tienen la obligación general de vigilar las comunicaciones en sus redes.⁴¹

A pesar de esto, los grandes grupos industriales de titulares de derechos de autor en el cine y la música en Europa han abogado recientemente por un grupo de propuestas que parecen poner en peligro el espíritu del principio de dicho marco. Si este es adoptado, es probable que estas propuestas alteren radicalmente la actual naturaleza de la Internet. Los Proveedores de Servicio de Internet y los intermediarios en Internet serán obligados a vigilar sus redes de forma sin precedente. Esto hace más probable que los Proveedores de Servicio de Internet sean considerados como poseedores de un conocimiento implícito de la infracción de derechos de autor en línea que está ocurriendo en sus redes, por tanto descalificándolos de las limitantes de responsabilidad que anteriormente han salvaguardado sus negocios. Todavía no está completamente claro que la adopción de dichas medidas de filtrado será tecnológicamente eficaz debido a que el cifrado de las comunicaciones puede actualmente superarlas. Sin embargo, en respuesta a estas iniciativas de los titulares de derechos de autor, actualmente existen esfuerzos en curso para desarrollar y requerir el uso de tecnologías de vigilancia más persistentes e invasivas, tales como la inspección completa de paquetes (deep packet inspection), el bloqueo de todas las comunicaciones transmitidas por medio de protocolos particulares tales como Bit Torrent,⁴² y tecnologías que puedan responder a, y romper el cifrado.

En los Estados Unidos, se hallan bajo cuestionamiento principios bien establecidos de las normas de derechos de autor que equilibran las necesidades de los nuevos innovadores con aquellas de los titulares de derechos. En una serie de casos contra los desarrolladores de software de pares o peer-to-peer, los titulares de los derechos han solicitado a los tribunales órdenes que requieren el rediseño de tecnologías multipropósito y un poder de veto sobre características particulares. Las cortes en los EE.UU. han dejado en claro que la carga de la aplicación de los derechos de autor se halla en manos de los titulares de los derechos, no de los proveedores de nuevas TIC. Como afirmó recientemente la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito: “Los procedimientos de la Ley de Derechos de Autor del Milenio Digital (DMCA) colocan la carga de vigilar la infracción de derechos de autor – identificando el material potencialmente infractor y el documentar adecuadamente la infracción –

⁴¹ Artículo 15(1) de la Directiva 2000/31/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, del 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):

“Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indique actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14.”

Pero vea SABAM v. Scarlet, District Court of Brussels, No. 04/8975/A, 20 de junio de 2007 (Actualmente en apelación, donde la Corte ordenó al Proveedor de Servicios belga Scarlet (Tiscali) el filtrar las comunicaciones que pasen por sus redes utilizando el Audible Magic para detectar material potencialmente violatorio de derechos de autor.)

⁴² *EFF tests agree with AP: Comcast is forging packets to interfere with user traffic*, ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION DEEPLINKS BLOG, 19 de octubre de 2007 en <http://www.eff.org/deeplinks/2007/10/eff-tests-agree-apcomcast-forging-packets-to-interfere>; EFF Report *Packet Forgery By ISPs: A Report on the Comcast Affair*, noviembre 2007, en http://www.eff.org/files/eff_comcast_report2.pdf.

directamente sobre los titulares de los derechos de autor.”⁴³ A pesar de ello, los mayores grupos industriales titulares de derechos de autor que no están satisfechos con el equilibrio alcanzado en el régimen de limitación de responsabilidad, han iniciado un litigio contra los motores de búsqueda en Internet y las plataformas que alojan el contenido creado por el usuario, tales como el YouTube de Google, Veoh, MyMP3Tunes.com, y iMeem, cuestionando la validez del régimen de limitante de responsabilidad, en un esfuerzo por proteger lo que se percibe cada vez como modelos de negocio obsoletos que no se han adaptado a los retos y oportunidades de la era digital.⁴⁴

Estas iniciativas impulsadas por los derechos de autor ya están dificultando la inversión en la investigación y desarrollo en TIC, y reformando el medio de la innovación tecnológica en los países de la OECD. En el largo plazo, es probable que estos sofoquen la innovación en Internet y reduzcan la disponibilidad de TIC que puedan impulsar la creatividad, construir comunidades, dar poder al compromiso social, facilitar la educación a distancia, y promover el desarrollo económico y social alrededor del mundo.

Intermediarios Meros Conductores y la Respuesta Graduada

Francia ha adoptado legislación para una “Respuesta Graduada” solicitando a los Proveedores de Servicio de Internet poner fin al acceso a Internet de los clientes en base a una alegación de titulares de derechos de una reincidencia en una infracción de derechos de autor, y crear “listas negras” de usuarios de Internet para quienes el servicio de Internet no puede ser proporcionado. Aunque la más alta corte francesa, el Consejo Constitucional, ha invalidado recientemente algunas de las disposiciones claves en la Ley francesa⁴⁵, entre ellas aquellas que le hubieran dado a la nueva autoridad administrativa, HADOPI, la capacidad para emitir órdenes de rescisión y de sanciones para los Proveedores de Servicios de Internet, políticas similares han sido adoptadas por acuerdo de los Proveedores de Servicios de Internet en Corea del Sur y Japón. Propuestas de respuesta graduada están actualmente en debate en el Reino Unido, Dinamarca, Irlanda y Nueva Zelanda. La Respuesta Graduada es un cuestionamiento directo a las protecciones legales establecidas en los regímenes de limitación de responsabilidad de los EE.UU. y de la UE para los intermediarios en Internet que son “meros conductores” que proporcionan a los usuarios acceso a la Internet.⁴⁶

⁴³ Ver Perfect10 v. CCBill, Casos Nos. 04-57143, 04-57207 (9no Cir. 29 de marzo de 2007).

⁴⁴ Viacom International, Inc. et al. v. YouTube, Inc., YouTube LLC, y Google, Inc., Caso No. 1:2007cv02103, (S.D.N.Y. 13 de marzo de 2007) también disponible en <http://docs.justia.com/cases/federal/districtcourts/new-york/nysdce/1:2007cv02103/302164/1/>; Io Group Inc. v. Veoh Networks, Inc., 586 F. Supp. 2d 1132 (N.D. Ca, 2008); Ver también *Required Reading for ‘User-Generated Content Sites’*, ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION DEEPLINKS BLOG, Agosto 2008 en <http://www.eff.org/deeplinks/2008/08/required-reading-usergenerated-content-sites-io-g>.

⁴⁵ Decisión n° 2009-580 DC del 10 de junio de 2009, en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/francais/les-decisions/2009/decisions-par-date/2009/2009-580-dc/decision-n-2009-580-dc-du-10-juin-2009.42666.html>.

⁴⁶ La Sección 512(i) del estatuto de Derechos de Autor de los EE.UU. define las condiciones para la elegibilidad de los Proveedores de Servicios de Internet para beneficiarse del régimen de puerto seguro (safe harbor). La Sección 512(i)(A) estipula que se aplica a un proveedor de servicio sólo si este “ha adoptado e *implementado razonablemente*, e informado a los suscriptores y titulares de cuentas del sistema o red de servicio de los proveedores, una política que establece la *finalización del servicio en circunstancias apropiadas* de los suscriptores o titulares de cuentas, del sistema o red del proveedor, de quienes son *infractores reincidentes*,” (el énfasis es nuestro). Algunos titulares de derechos han sostenido que esta disposición permitiría la adopción de una Respuesta Graduada. Sin embargo, otros comentaristas no están de acuerdo e interpretan los términos en cursiva como la finalización del servicio sólo después de una **resolución judicial de infractor reincidente**. Ver por ejemplo, Prof. David Nimmer, *Repeat Infringers*, 52 J. Copyright Soc’y 167 (2005).

Como ha enfatizado el Parlamento Europeo en su Informe sobre las Industrias Culturales,⁴⁷ en la era digital, el excluir a los ciudadanos de la capacidad de conectarse a, y comunicarse por la Internet, equivale a aislar a las personas de la vida cívica y cultural. Esta, es una respuesta desproporcionada al daño en cuestión. La penalidad impuesta es por mucho más severa que las tradicionales sanciones monetarias por infracción de derechos de autor, tanto para la persona involucrada, como también para la sociedad en general. La adopción de tal respuesta para satisfacer las potenciales necesidades de un grupo de titulares de derechos probablemente cree división social, y tenga un impacto negativo en el desarrollo de la infraestructura mundial de Internet para toda la humanidad, contraviniendo los objetivos de la Declaración de Seúl. Las recientes negociaciones del Paquete de reformas de Telecomunicaciones de la Comunidad Europea ha resaltado el perjuicio de vigilar y filtrar la Internet y la importancia del debido proceso y de la revisión judicial para la protección del consumidor.⁴⁸

Revelación Obligatoria de Información Personal

Los titulares de los derechos de autor también han insistido en que se les requiera a los intermediarios en Internet que revelen de manera expedita las identidades de los clientes que se presumen han estado involucrados en la infracción de derechos de autor, sin que exista algún proceso de supervisión judicial. La ley en los EE.UU. actualmente no estipula un mecanismo extrajudicial que fuerce a la revelación de la identidad de las personas presuntamente involucradas en actividades de intercambio de archivos.⁴⁹ Sin embargo, la ausencia de dicho mecanismo no ha sido un obstáculo para la capacidad de los titulares de derechos de autor para hacer respetar sus derechos contra presuntos involucrados en el intercambio de archivos, como se evidencia en más de 30,000 juicios seguidos contra individuos desde el 2003.⁵⁰

En comparación, la Unión Europea introdujo una obligación de revelación obligatoria en el “derecho a la información” consagrado en el Artículo 8 de la Directiva sobre de Reforzamiento de la Propiedad Intelectual (2004/48/EC). Las cortes nacionales en la Comunidad Europea por algún tiempo han tomado determinaciones sobre la solicitud de datos de clientes realizadas por organizaciones europeas de titulares de derechos, considerando la Directiva UE 2004/48/EC y la Directiva Europea de la Sociedad de la Información

⁴⁷ Artículo 23 del Informe Guy Bono sobre las Industrias Culturales en Europa, Parlamento Europeo resolución del 10 de abril de 2008 sobre industrias culturales en Europa (2007/2153(INI)), adoptada el 10 de abril de 2008, en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P6-TA-2008-0123>

⁴⁸ Enmiendas 138 y 166 del Paquete de Telecomunicaciones, un conjunto de enmiendas propuestas para cinco Directivas de la UE: la Directiva de Acceso 2002/19/EC, la Directiva de Autorización 2002/20/EC, la Directiva Marco 2002/21/EC, la Directiva de Servicio Universal 2002/22/EC y la Directiva de Privacidad 2002/58/EC. Informe Trautmann. Enmienda 138, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/oeil/file.jsp?id=5563972> (Parlamento Europeo, 2da Lectura, último documento), que enmienda el Art. 8 párrafo 4 punto (a) de la Directiva 2002/21/EC; y el Informe Harbour. Enmienda 166, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/oeil/file.jsp?id=5563642> (Parlamento Europeo, 2da Lectura, último documento) que enmienda el Art. 32a de la Directiva 2002/22/EC.

⁴⁹ La USC § 512(h) estipula un proceso expeditivo de citación, pero este no se extiende a la obtención de la identidad, de manera extrajudicial, de las personas presuntamente involucradas en intercambio de archivos. Ver Recording Industry Association of America, Inc. v. Verizon Internet Services, Inc., 351 F.3d 1229 (D.C. Cir. 2003).

⁵⁰ EFF Report, *RIAA v. The People: Four Years Later*, disponible en: http://w2.eff.org/IP/P2P/riaa_at_four.pdf

2001/29/EC, la Directiva de Comercio Electrónico UE 2000/31/EC, la Directiva de Comercio Electrónico UE 2000/31/EC y la Directiva Europea de Protección de Datos 2002/58/EC.

Sin embargo, siguiendo la decisión de la Corte de Justicia Europea de enero de 2008 en el caso *Productores de Música de España (Promusicae) v. Telefónica de España*⁵¹ caso en el cual una Provedora española de Servicios de Internet no fue requerida para divulgar la información de sus clientes a los titulares de derechos en un caso civil de derechos de autor, los grupos de la industria del entretenimiento han solicitado que los Proveedores de Servicios de Internet sean requeridos para revelar la información del cliente por ser presuntos infractores de derechos de autor, esto en su propuesta pública a la Oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos sobre el propuesto Anti-counterfeiting Trade Agreement (ACTA) (Acuerdo Comercial contra la Falsificación).⁵² Estos avances suscitan significativas preocupaciones con relación a la privacidad y a las libertades civiles para todos los usuarios de Internet.

El Rol de los Intermediarios en la Protección de la Libertad de Expresión

Los intermediarios en Internet juegan un rol clave en facilitar la libertad de expresión en línea de los ciudadanos. Existen sólidas razones de política para limitar la responsabilidad de los intermediarios en Internet u otorgarles inmunidad frente a comentarios de terceros con el fin de promover la libertad de expresión en línea. Sin embargo, excesivamente amplios regímenes de notificación y cancelación, tales como los el régimen de puerto seguro han probado ser particularmente susceptibles para el abuso, y han impuesto significativos costos para los Intermediarios. Al proporcionar su inventario de regímenes legales para la responsabilidad de los Intermediarios en Internet, el informe del ICCP debe considerar los beneficios de los diferentes tipos de regímenes para satisfacer los distintos objetivos de la Declaración de Seúl, entre ellos la protección de la libertad de expresión y de la información personal de los ciudadanos, el desarrollo de nuevos e innovadores servicios y tecnologías de Internet, la promoción de la competencia y de la elección del usuario, y la expansión de acceso para y uso de la infraestructura de Internet.

Mal Uso de Regímenes de Notificación y Cancelación

Las disposiciones de notificación y cancelación de derechos de autor de los EE.UU. en la sección 512 del estatuto de Derechos de Autor ha sido mal utilizado por partes privadas para censurar la crítica legítima, en vez de proteger la propiedad intelectual.⁵³ En el 2003, después

⁵¹ Corte Europea de Justicia 2008/C 64/12, 29 de enero 2008, Caso C-275/06 referido por el Juzgado de lo Mercantil No 5 de Madrid, disponible en <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:064:0009:0010:EN:PDF>.

⁵² Comentarios públicos recibidos por la Oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos en respuesta a los Pedidos por Comentarios del 15 de febrero de 2008, publicado en cuatro archivos en formato PDF, julio de 2008 disponible en http://www.ustr.gov/assets/Document_Library/Federal_Register_Notices/2008/July/asset_upload_file476_14996.pdf.

⁵³ Jennifer Urban y Laura Quilter, *Efficient Process or 'Chilling Effects'? Takedown Notices Under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act*, SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH. L. J., Vol. 22 No. 3, p. 621, (2006), Resumen en <http://mylaw.usc.edu/documents/512Rep/>, el único estudio empírico a completarse sobre avisos de finalización bajo la DMCA, tomando en cuenta que los avisos a Proveedores de Servicios de Internet enviados al proyecto Chilling Effects contiene un número sustancial de demandas para eliminar archivos de redes de pares (las cuales no están cubiertas bajo las disposiciones de puerto seguro (safe harbor) cubiertas bajo las disposiciones de puerto seguro (safe harbor) de la DMCA). Un proveedor de Servicios de Internet solo podría

de una vasta crítica pública sobre el rendimiento de sus máquinas de votación electrónica, Diebold Inc., emitió una serie de de notificaciones de cancelación (takedown notices) a numerosos proveedores de servicios en línea (OSPs), exigiendo que dieran de baja a los sitios web que alojaban mensajes de correo electrónico de empleados de Diebold que revelaban vulnerabilidades de seguridad en las máquinas de votación electrónica, las cuales iban a ser utilizadas en las siguientes elecciones presidenciales de los EE.UU. en el 2004, y de los sitios web que se enlazaban a dichos mensajes. En este caso existía un cuestionamiento legal; la corte posteriormente dictaminó que Diebold estaba mal utilizando las disposiciones de cancelación por infracción de derechos de autor para censurar material que estaba cubierto por el “uso legítimo o razonable” bajo la ley de los EE.UU. – comentario político sobre un asunto de alta importancia pública.⁵⁴ Sin embargo, en la gran mayoría de los casos, no es probable que un Proveedor de Servicios en Línea (OSP) investigue la validez de una supuesto notificación de cancelación, o gaste recursos para obtener la aclaración de sus obligaciones legales, y el operador del sitio web eliminado no tendrá los recursos para impugnar la cancelación.

Últimamente, grandes compañías de medios han utilizado las notificaciones de cancelación por infracción de derechos de autor de la DMCA para silenciar el discurso político. En el 2007 un partidario de Barack Obama creó “Vote Different” (Vota Distinto), un video en YouTube que parodia del famoso aviso de Apple en el “Superbowl” (Gran Tazón) basado en el libro *1984* de George Orwell el cual describía a Hillary Clinton (entonces una candidata presidencial) como el “Gran Hermano”. El video se encontró con una amenaza de derechos de autor por parte de la editorial que alegaba ser titular de los derechos de autor de la novela de George Orwell.⁵⁵ Durante la campaña presidencial del 2008, demasiados avisos de infracción de derechos de autor de la DMCA de parte de las cadenas CBS, Fox News, la Christian Broadcasting Network y la NBC cancelaron videos de las campañas del Senador McCain y de Obama que fueron colocadas en YouTube.⁵⁶ Y en enero de 2009, YouTube canceló el canal de una publicación de sindicato Progress Illinois después de recibir varios avisos de cancelación por sus videos de Fox News.⁵⁷

Las estipulaciones de la DMCA les da a los Proveedores de Servicios en Línea (OSP) el incentivo de cancelar primero, y hacer preguntas (si es que existen) después. Como resultado

honrar estas cancelando definitivamente la cuenta completa del usuario. El informe también se percata que un tercio de las notificaciones de cancelación analizadas contenían una pregunta obvia para que una corte la resolviera, y más de la mitad de los avisos enviados a Google bajo la 17 USC 512(d) solicitando la eliminación de enlaces en su índice fueron enviadas por negocios que dirigían estas a competidores a sus obvios competidores. Ver también Malla Pollack, *Rebalancing Section 512 to Protect Fair Users from Herds of Mice-Trampling Elephants, or a Little Due Process is Not Such a Dangerous Thing*, SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH. L. J., Vol. 22, No. 3, p. 547, (2006), disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=873902.

⁵⁴ Online Policy Group, Nelson Chu Pavlosky and Luke Thomas Smith v. Diebold, Inc. and Diebold Election Systems, Inc., (N.D. Ca, Case No. C 03-04913, 30 de septiembre de 2004), disponible en http://www.eff.org/legal/ISP_liability/OPG_v_Diebold/20040930_Diebold_SJ_Order.pdf.

⁵⁵ PR NEWS WIRE, *Owner of Rights to Orwell's '1984' Novel Speaks Out on Political Ad Controversy*, 27 de marzo de 2007, disponible en <http://sev.prnewsire.com/advertising/20070327/CGTU06327032007-1.html>.

⁵⁶ *McCain Campaign Feels DMCA Sting*, EFF DEEPLINKS BLOG, 14 de octubre de 2008 en <http://www.eff.org/deeplinks/2008/10/mccain-campaign-feels-dmca-sting>; John Eggerton, *NBC, Obama Campaign Spar Over YouTube Video*, 1 de octubre de 2008, Cable & Broadcasting, disponible en http://www.broadcastingcable.com/article/talkback/115679-NBC_Obama_Campaign_Spar_Over_YouTube_Video.php.

⁵⁷ *Fox News Censors Political Expression*, EFF DEEPLINKS BLOG, 7 de enero de 2009 en <http://www.eff.org/deeplinks/2009/01/fox-news-censors-political-expression>.

de ello, las disposiciones de cancelación de servicios por infracción de derechos de autor en los EE.UU., ha actuado eficazmente para censurar muchos discursos en base a un mero reclamo de infracción de parte privada.⁵⁸

El proceso de notificación y cancelación ha sido ampliamente automatizado a través del uso de “robots” los cuales escanean la Internet en busca de potencial material infractor. Lamentablemente esto ha llevado a que los avisos se emitan con poca, si existe, evaluación humana. Los titulares de Derechos de Autor han emitido notificaciones de cancelación para material que está en el dominio público (y por tanto no se halla sujeto a derechos de autor), para un informe de un libro para niños sobre “Harry Potter”, para una foto de familia de una “Sra. Harrison” (no relacionada con el ex Beatle George Harrison) y para una canción escrita por un docente de astronomía con un nombre similar a un conocido artista musical.⁵⁹ La Sección 512 (c)(3) exige al titular de los derechos de autor ha declarar que él o ella confía de “buena fe” en la existencia de una infracción. Sin embargo, los titulares de contenido han sostenido que la Sección 512 no requiere ninguna consideración de si el uso en controversia es un uso legítimo o razonable.⁶⁰

Este mal uso de notificaciones de cancelación podría evitarse exigiendo que estos sean evaluados por un juez,⁶¹ o alternativamente, por medio de la adopción de un régimen de “notificación y notificación” a la medida, tal como el recientemente propuesto en Canadá.⁶²

⁵⁸ La Iglesia de la Cientología también ha utilizado las notificaciones de cancelación para silenciar a sus críticos. Esto se hecho ha sido particularmente exitoso contra críticos que residen fuera de los Estados Unidos debido a una limitación en el proceso de contranotificación. La Iglesia emitió una notificación de cancelación a un Proveedor de Servicios de Internet con base en EE.UU. para eliminar una página web que alojaba y que era crítica con las enseñanzas de la Cientología. El autor de la página web residía fuera de los Estados Unidos. Aunque creía que la infracción a derechos de autor era falsa, no tuvieron la posibilidad de emitir una contranotificación, para poder restaurar la página web, porque ello hubiera requerido que reconozcan la jurisdicción del as cortes de los EE.UU., lo cual no era apropiado debido a su ubicación. La Iglesia de la Cientología también ha enviado docenas de notificaciones de cancelación al motor de búsqueda de internet, Google, exigiendo que este elimine los enlaces a ciertos sitios web que son críticos de la Iglesia cuando presenta resultados de búsqueda para ‘Cientología’. Por tanto, la Iglesia de la Cientología ha utilizado con éxito las disposiciones de aviso y cancelación de la DMCA para impedir a los usuarios de Google encontrar críticas sobre esta Iglesia.

⁵⁹ Ver *Unsafe Harbors – Abusive DMCA Subpoenas and Takedown Notices*, informe de la EFF sobre la sección 512, en http://www.eff.org/IP/P2P/20030926_unsafe_harbors.php, y el Chilling Effects Project, en <http://www.chillingeffects.org>.

⁶⁰ Una corte de distrito federal ha rechazado completamente este punto de vista, ver *Lenz v. Universal Music Corp. et al*, 572 F.Supp. 2d 1150, 1156 (2008).

⁶¹ Por ejemplo, en Brasil, la jurisprudencia ha sostenido que los intermediarios en Internet no son, en general, pasibles de responsabilidad financiera por el comportamiento ilegal del usuario y por contenido ilegal generado por el usuario. En la mayoría de las situaciones, los intermediarios en Internet son sólo requeridos para que actúen una vez que reciban una orden judicial, lo cual minimiza la incertidumbre legal. Sin embargo, los intermediarios en Internet pueden aún ser pasibles de responsabilidad por negligencia si no cumplen con las órdenes judiciales que determinan la remoción de contenido ilegal o no cumplen con presentar a la corte información que posean y que `puedan ayudar a la victima a identificar al usuario responsable por la mala conducta. Este enfoque tiene el beneficio de dejara a las cortes, y no a los intermediarios en Internet, el análisis de lo que constituyen material dañino, y también permite a las victimas beneficiarse de medidas cautelares en ciertas circunstancias. Ver en general M. LEONARDI, *RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE SERVICOS DE INTERNET* (Juarez de Oliveira, Brazil, 2005 (en Portugués)), también disponible en www.leonardi.adv.br/mlrepsi.pdf.

⁶² Ver Proyecto de Ley canadiense C-61 (proyecto archivado): cuando un Proveedor de Servicios de Internet recibe un aviso de un titular de derechos de que uno de sus suscriptores esta supuestamente alojando o intercambiando material infractor, al Proveedor de Servicios de Internet se le requerirá redireccionar el aviso al

Solicitamos que el informe del ICCP examine estos temas. Este debe incluir datos sobre el volumen de mal uso, y estudiar los beneficios potenciales de facilitar la libertad de expresión en línea por medio de la adopción de los Intermediarios en Internet de un régimen de notificación-notificación en lugar de una de notificación y cancelación.

Protección de la Expresión en Línea

En comparación, la absoluta inmunidad que provee la ley de los EE.UU. a los Intermediarios en Internet en relación a la difamación, obscenidad y todas otras susceptibles de responsabilidad excepto para infracciones de propiedad intelectual, han contribuido a una vibrante variedad de expresión en línea y de negocios vinculados a Internet, tales como eBay, y Amazon.com. El Congreso de los Estados Unidos decidió que proteger a los intermediarios de la responsabilidad era el mejor enfoque para promover la libertad de expresión y el comercio en línea. Este promulgó la Sección 230 de la Ley de Decoro en las Comunicaciones, 47 U.S.C. §230 (“Sección 230”), la cual estipula inmunidad federal para cualquier derecho de iniciar acción que podría hacer a los Intermediarios en Internet responsables por información originada por un tercero usuario del servicio.⁶³

Al promulgar la Sección 230, el Congreso de los EE.UU. pretendió promover una gama de objetivos de política. Primero, el continuo desarrollo vibrante y diverso de medios y servicios. Segundo, les provee a los Intermediarios en Internet la flexibilidad de involucrarse en una autorregulación voluntaria – esto es, a patrullar sus propios sistemas en busca de contenido objetable. Bajo la Sección 230, los usuarios y proveedores de servicios informáticos interactivos están protegidos de ser pasibles de responsabilidad por intercambiar las palabras de otros, contenido u observaciones como parte de del diálogo llevado a cabo en la Internet. Dicha responsabilidad fue, “para el Congreso, simplemente otra forma de regulación gubernamental intrusiva de la expresión.”⁶⁴ La Sección 230 fue diseñada para proteger a los intermediarios de responsabilidad “por ejercer la prerrogativa usual de los editores... para editar material publicado...”⁶⁵ Este elimina los frenos para que un intermediario en Internet retenga control editorial sobre el material publicado en sus foros o redes, y de este modo posibilita el autocontrol de contenido colocado en Internet.

Como se discutió previamente, los intermediarios en línea juegan un rol crecientemente indispensable en facilitar la expresión pública. En los años desde la aprobación de la Sección 230, las cortes de los EE.UU. la han interpretado de manera extensiva para constituirse en una protección sábana de los intermediarios con relación a los comportamientos de terceros usuarios. Como explicó la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos, el Congreso promulgó la Sección 230 “para alentar el desarrollo sin trabas y no regulado de la

suscriptor. El bloqueo al acceso a dicha información sólo se solicitará cuando sea ordenado por una corte. Una vez recepcionado el aviso, los Proveedores de Servicios de Internet también serán requeridos de mantener un registro de información relevante por un tiempo específico. Los titulares de derechos tendrán los medios legales para obligar a los Proveedores de Servicios de Internet a cumplir con el régimen. El Gobierno tendría el poder de prescribir la forma que debe utilizarse para dar los avisos y fijar las tasas que se requieran pagar por parte de los titulares de los derechos a los Proveedores de Servicios de Internet por el procesado de dichos avisos. Resumen en <http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incrp-prda.nsf/en/rp01142e.html>.

⁶³ Zeran v. America Online, Inc., 129 F.3d 327, 330 (4th Cir. 1997), *cert. denegado*, 524 U.S. 937 (1998).

⁶⁴ Ver Zeran, 129 F.3d en 330: “Sección 230 fue promulgada, en parte, para conservar la robusta naturaleza de las comunicaciones en Internet y, correspondientemente, mantener la interferencia del gobierno en el medio en un mínimo.”

⁶⁵ *Id.*

libertad de expresión en la Internet.”⁶⁶ Las Cortes han confirmado la Sección 230 en una diversidad de contextos. La Sección 230 exime a los Intermediarios en Internet de responsabilidad por difamación por reimpresión.⁶⁷ Sin embargo, la protección de la Sección 230 no es absoluta. La inmunidad de la Sección 230 no se aplica a las demandas referidas a leyes de propiedad intelectual federales, tales como las de derechos de autor, de patente y de marca registrada, ni proporciona protección ante la ley penal federal o ciertas demandas sobre privacidad de las comunicaciones federales. (Sin embargo, esta, establece protección ante leyes penales estatales. Ver Sección 230 (e)).⁶⁸ Las Cortes también han rechazado mantener la inmunidad cuando un Intermediario en Internet contribuye materialmente a la creación del contenido.⁶⁹

Con una clara protección estatutaria de responsabilidad, se ha desarrollado una extremadamente robusta cultura de Internet emprendedora e innovadora que alienta la expresión de terceros. Reforzando las ya fuertes protecciones de la Primera Enmienda, la Sección 230 ha contribuido a fomentar el desarrollo de tableros de mensajes, bitácoras (blogs), comercio en línea y sitios web de ventas como el craigslist, eBay y Amazon, los sitios de evaluación de los consumidores como Yelp, sitios con contenido generado por los usuarios como You Tube y Flickr, sitios de redes sociales como Twitter, Facebook y MySpace, y muchos más servicios innovadores en línea.⁷⁰

Por ejemplo, el sitio de Amazon.com permite a los usuarios colocar evaluaciones de sus productos, lo cual permite a otros usuarios recibir información sobre qué productos comprar. La Sección 230 protege a Amazon, permitiendo las evaluaciones de los usuarios lo cual ayuda a los consumidores a tomar decisiones de compra.⁷¹ Asimismo, eBay invita a sus usuarios a calificar y comentar acerca de las transacciones con otros usuarios. La Sección 230 protege a eBay, por tanto facilita el desarrollo e intercambio de contenido de terceros en el Foro de Retroalimentación de eBay.⁷²

La Sección 230 refleja valores culturales particulares – en particular, el punto de vista que el minimizar la regulación gubernamental que impone la responsabilidad por la expresión en la

⁶⁶ *Batzel v. Smith*, 333 F.3d 1018, 1027-28 (9th Cir. 2003).

⁶⁷ *Barrett v. Rosenthal*, 40 Cal. 4th 33, 62 (Cal. 2006).

⁶⁸ *Ver, por ejemplo*, 47 USC § 230(b)(2), (3): “Es política de los Estados Unidos [...] incentivar el desarrollo de tecnologías que maximicen el control del usuario sobre que información se recibe por los individuos, familias, y colegios que utilizan la Internet y otros servicios informáticos interactivos” y “para preservar el vibrante y competitivo libre mercado que actualmente existe para la Internet y para otros servicios informáticos interactivos, sin restricciones de regulaciones Federales o Estatales.”; 141 Cong. Rec. H8470 (edición diaria 4 de agosto de 1995) (Rep. Christopher Cox hablando en apoyo al futuro estatuto, considerando que el el CDA 230 “protegería [a los proveedores de servicios en línea] de asumir responsabilidad ... que no deben .. por ayudarnos a solucionar este problema” así como establecer una política federal de no regulación para “alentar lo que actualmente es la revolución tecnológica más pujante que de las que jamás hayamos sido testigos.”)

⁶⁹ *Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.com, LLC*, 2008 WL 879293 (9th Cir. April 3, 2008).

⁷⁰ La Sección 230 protege a un “proveedor o usuario de un servicio informático interactivo.” Las Cortes han interpretado la protección de la Sección 230 como “muy sólida, adoptando una relativamente expansiva definición de ‘servicio informático interactivo[.]’” *Carafano v. Metrosplash.com, Inc.*, 339 F. 3d 1119, 1123 (9no Circuito 2003).

⁷¹ *Schneider v. Amazon.com*, 31 P.3d 37, 43 (Wash. App. 2001).

⁷² *Schneider v. Amazon.com*, 31 P.3d 37, 43 (Wash. App. 2001).

Internet “mantendría la naturaleza robusta de la comunicación en Internet”⁷³ y que el adoptar un enfoque regulatorio que imponga costos a los interlocutores en Internet alentaría a los intermediarios a alojar discursos para los cuales terceros – pero no los intermediarios – podrían ser responsables. Al crear la inmunidad de la Sección 230 (c)(1), el Congreso de los EE.UU. “hizo una elección de política ... no para impedir el discurso dañino en línea a través de una ruta separada de imponer una responsabilidad civil extracontractual a las compañías que sirven como intermediarios para mensajes potencialmente injuriosos de otros partes.”⁷⁴ Este se preocupó sobre el efecto escalofriante que la posibilidad de una responsabilidad civil extracontractual para el discurso de otros tendría sobre los proveedores de servicios. “Enfrentados con una potencial responsabilidad por cada mensaje vuelto a publicar por sus servicios, los proveedores de servicio informático interactivo podrían elegir restringir severamente el número y tipo de mensajes publicados.”⁷⁵ La Sección 230 facilitó los objetivos de política del Congreso estipulando una inmunidad absoluta para ciertos reclamos, y de ese modo evitar los problemas de interrupciones asociadas con el veto con regímenes como el de notificación y cancelación como el del DMCA (debatido anteriormente).

Finalmente, vale la pena anotar que la Sección 230 no impide la imposición de responsabilidades sobre terceros que se involucran en la difamación u otra conducta que dañe a otras partes. A través de procesos legales separados, la parte supuestamente agraviada puede utilizar los mecanismos de pre-litigación civil para identificar el proveedor de contenido,⁷⁶ y las cortes pueden entonces resolver la disputa subyacente entre el proveedor y al supuesta parte agraviada. En algunos casos, retos no exclusivos para casos en línea, el autor o causante del daño puede no ser hallado fácilmente o no tiene los recursos para compensar adecuadamente a la parte agraviada. Sin embargo, al proteger a los proveedores de servicios en línea de la responsabilidad por el contenido de terceros (incluso si este deja algunas demandantes sin compensación), la Sección 230 promueve y alienta un conjunto de amplios servicios benéficos en línea, y refleja el juicio de política de que el crecimiento de estos servicios vale el costo ocasional de una demanda particular.

Consideraciones de Privacidad y Debido Proceso

Desde la perspectiva de los usuarios finales, las políticas de retención de datos y la revelación de su información a las autoridades competentes o a las autoridades gubernamentales puede tener serios efectos sobre la privacidad. Desde la perspectiva de los intermediarios en Internet, se puede argumentar que los costos de cumplimiento podrían entorpecer sus actividades o la calidad integral de sus servicios. Sin embargo, desde la perspectiva de las víctimas y de las fuerzas del orden, la retención de datos es deseable, y de alguna manera una medida efectiva para identificar a los usuarios responsables de la conducta ilegal. En su inventario de distintos enfoques legales, instamos al informe del ICCP a considerar el impacto tanto de las medidas

⁷³ Zeran, 129 F.3d en 330; see 47 U.S.C. § 230(a)(1): “el rápido desarrollo de una colección de servicios de Internet y de otros servicios informáticos interactivos disponibles para individuos estadounidenses representa un avance extraordinario en la disponibilidad de recursos educativos e informativos para nuestros ciudadanos”.

⁷⁴ Zeran, 129 F.3d at 330-31.

⁷⁵ Zeran, 129 F.3d at 331.

⁷⁶ Sin embargo, las cortes de los EE.UU. imponen estrictas salvaguardas procedimentales “como un medio de garantizar que las demandas no utilicen procedimientos de descubrimiento para establecer las identidades de demandados no identificados con el fin de acosar, intimidar o silenciar críticas en las oportunidades de foro público presentadas por la Internet.” See *Dendrite Int’l, Inc. v. Doe No. 3*, 775 A.2d 756, 771 (N.J. App. Div. 2001).

tecnológicas y regulatorias sobre la privacidad de los usuarios de Internet como el prestar especial atención a la necesidad de preservar el debido proceso para los individuos.

Los intermediarios en Internet a menudo reciben solicitudes de los agentes de las fuerzas del orden y de terceros para la revelación de los datos de usuarios, con el fin de cooperar con los esfuerzos de investigación y la interposición de acciones judiciales por comportamiento ilegal del usuario. Sin embargo, es imperativo que tales requerimientos sean manejados de acuerdo a las reglas del debido proceso y con supervisión judicial. Cualquier obligación de divulgación extra-judicial obligatoria suscita considerables preocupaciones sobre la privacidad y el debido proceso.

A menos que el secreto del requerimiento sea absolutamente necesario para la investigación, los usuarios siempre deben ser informados sobre los requerimientos de información que les concierna. Los usuarios deben también ser capaces de apelar la decisión antes de la revelación de su información personal.

Desde la perspectiva de la política pública, el ordenar la divulgación de los datos de un usuario, secretamente, por parte de un intermediario, sin proporcionar los presupuestos del debido proceso y de la revisión judicial, amenaza la privacidad de los usuarios y los derechos de protección de datos personales y está lista para ser mal utilizada por partes inescrupulosas.

Cualquier recomendación de política debe conducir a soluciones que reconozcan y respeten los derechos fundamentales de todos los interesados en la sociedad de la información. Como mínimo, cualquier obligación de revelación debe incorporar el debido proceso y estar condicionada a un proceso de revisión judicial.⁷⁷

Administración de Red y la importancia de las Redes Neutrales

El acceso a la Internet se mantiene como una fuente de creciente importancia para las personas, tanto consumidores como ciudadanos. Como consumidores, las personas obtienen acceso al contenido digital tal como música, películas, libros electrónicos, juegos y un sinnúmero de bienes y servicios a través del comercio electrónico. Como ciudadanos, las personas obtienen la capacidad de acceder y crear conductos para el discurso, debate, y la creatividad. La riqueza de la información disponible, y la variedad de aplicaciones que los consumidores pueden utilizar para comunicarse, permiten una libertad de expresión e información sin precedentes.

Sin embargo, esta libertad está bajo amenaza. Debido a que muchos de los Proveedores de Servicios de Internet están integrados verticalmente, con propietarios de otros servicios de comunicación y contenido, estos tienen la capacidad técnica para actuar como guardianes, bloqueando o degradando el acceso a los consumidores a ciertos contenidos y aplicaciones, o limitando los tipos de equipos que pueden ser conectados a la red. Existen muchos ejemplos de tal comportamiento en los EE.UU. y Canadá. En los Estados Unidos, Madison River Communications, una compañía de telecomunicaciones y Proveedor de Servicios de Internet, bloqueó a sus clientes el uso de servicios de Voz sobre Protocolo de Internet (VoIP), los

⁷⁷ Notamos que el Artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos estipula que “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

cuales competirían con sus propios servicios de telefonía.⁷⁸ Comcast, un gran Proveedor de Servicios de Internet que también proporciona programas de televisión a través del servicio de cable, envió datos de señal falsificados en toda su red interfiriendo con el uso de sus clientes de un amplio rango de populares aplicaciones y protocolos, entre ellos una aplicación entre pares (P2P) ampliamente utilizada para la distribución en línea de películas legales, programas de televisión, y software de código abierto.⁷⁹ Un Proveedor de Servicios de Internet canadiense, Telus, impidió a sus usuarios el acceso a un sitio web de un sindicato que representó a sus empleados en huelga.⁸⁰

Dicho comportamiento puede limitar severamente la utilidad de la Internet y frustrar sus propósitos. Cuando un proveedor puede controlar el acceso de manera selectiva, este puede seleccionar afectando el acceso a discursos o servicios que perciba como dañinos a su interés propio. Esto puede incluir contenido, aplicaciones, o dispositivos que compitan con los propios intereses del proveedor; o contenido que no favorece al proveedor, tales como críticas dirigidas al mismo proveedor. Estos daños son exacerbados cuando una falta de competencia en el mercado, impide a los usuarios el migrar alejándose de los proveedores discriminadores, así como cuando los consumidores carecen de la capacidad e información necesarias para descubrir cualquier discriminación.

Además para los consumidores, las prácticas discriminatorias de administración de red dañarían también a los innovadores. Si docenas o cientos de Proveedores de Servicios de Internet empiezan a desplegar sus secretas y discriminatorias prácticas de administración de redes, la tarea de un innovador que concibe e implementa un nuevo uso para la Internet de pronto se convierte en algo desalentador. En el mejor de los casos, tendrían que probar y depurar su nuevo protocolo en todas estas redes; en el peor de los casos ellos tendrían que negociar con todos aquellos Proveedores de Servicios de Internet y obtener un permiso para utilizar su innovación en la Internet.

Con el fin de preservar la apertura de la Internet, para alcanzar los beneficios completos de una web participativa, y nivelar el campo de juego para la competencia que facilitaría la convergencia en las redes digitales, los objetivos fijados en la Declaración de Seúl, el informe del ICCP debe estudiar la importancia de la naturaleza no discriminatoria de la Internet y recomendar las mejores prácticas para regulaciones que impedirían que los Proveedores de Servicios de Internet bloqueen, degraden o discriminen el contenido, las aplicaciones, o los dispositivos.

⁷⁸ In the Matter of Madison River Communications, LLC, Consent Decree, File No. EB-05-IH-0110, disponible en

[http://fjallfoss.fcc.gov/edocs_public/Query.do?jsessionid=K8FPhccJcYc2LFQsxKBYGLYnDnCLHMTInIW1zQr5Dzn1B0QqdQJl-1352151588!-02694468?numberFld=&numberFld2=EB-05-IH-0110+&docket=&dateFld=&docTitleDesc= Applications, Memorandum Opinion and Order, WC Docket No. 07-52 \(August 20, 2008\),](http://fjallfoss.fcc.gov/edocs_public/Query.do?jsessionid=K8FPhccJcYc2LFQsxKBYGLYnDnCLHMTInIW1zQr5Dzn1B0QqdQJl-1352151588!-02694468?numberFld=&numberFld2=EB-05-IH-0110+&docket=&dateFld=&docTitleDesc= Applications, Memorandum Opinion and Order, WC Docket No. 07-52 (August 20, 2008),)

⁷⁹ *In the Matters of Formal Complaint of Free Press and Public Knowledge Against Comcast Corporation for Secretly Degrading Peer-to-Peer Applications*, Memorandum Opinion and Order, WC Docket No. 07-52 (August 20, 2008), disponible en

http://fjallfoss.fcc.gov/edocs_public/Query.do?numberFld=08-183&numberFld2=&docket=&dateFld=&docTitleDesc=

⁸⁰ OpenNet Initiative: Bulletin 010, *Telus Blocks Consumer Access to Labor Union Website and Filters an Additional 766 Unrelated Sites*, 2 de agosto de 2002, última actualización 2 de agosto de 2002, disponible en <http://www.opennetinitiative.net/bulletins/010>.

Consideraciones Adicionales – Costo para la eficiencia en los negocios, sostenibilidad y mercado potencial y consecuencias tecnológicas.

La retención de datos y el cumplimiento de un régimen de notificación y cancelación o de cortes judiciales generan costos significativos para los intermediarios en Internet. Las grandes compañías de Internet pueden internalizar estos costos y pasarlos a sus suscriptores; intermediarios más pequeños podrían tal vez preferir cerrar sus negocios.

Un enfoque decidido en identificar a los supuestos infractores de derechos de autor y malhechores podría entorpecer los objetivos de la Declaración de Seúl. Por ejemplo, los sitios con conexión inalámbrica abierta pueden ciertamente ser utilizados por criminales, pero el exigir identificación de usuario y retención de datos para cada punto de acceso inalámbrico para la Internet podría impedir la diseminación de estos servicios, debido a los costos asociados de tal exigencia y las implicancias de privacidad para sus usuarios.

Conclusiones y Recomendaciones

Para desarrollar un entendimiento completo de la importancia económica y social de los beneficios proporcionados por los intermediarios en Internet e identificar los potenciales retos para las políticas públicas en la implementación de la Declaración de Seúl sobre el Futuro de la Economía en Internet, recomendamos que el informe del ICCP debe:

- Proporcionar un análisis comparativo del valor social y económico atribuible a los diferentes regímenes de puerto seguro y limitación de responsabilidad en uso en los países de la OECD;
- Proporcionar un análisis comparativo de los impactos de los respectivos regímenes de inmunidad, notificación y cancelación, y notificación-notificación, en las leyes de los países miembros de la OECD sobre protección del discurso en línea;
- Producir recomendaciones de mejores prácticas sobre normas legales y prácticas de política para países que están considerando la implementación de limitación legislativa a los regímenes de limitación de responsabilidad, y para entidades dentro de los países de la OECD que están desarrollando políticas y prácticas para implementar tales regímenes legales;
- Considerar la importancia de una Internet no discriminatoria y abierta para alcanzar todos los beneficios de la web participativa y para nivelar el campo de juego para la competencia que facilitaría la convergencia de las redes digitales; y
- Producir las recomendaciones de mejores prácticas para normas legales que impedirían que los Proveedores de Servicios de Internet injustamente bloqueen, degraden o discriminen por contenido, aplicaciones o dispositivos.

Estaríamos complacidos de realizar aclaraciones respecto de los asuntos debatidos anteriormente y de proporcionar cualquier información adicional que fuera de utilidad a la OECD en el desarrollo del informe del ICCP. Estaremos atentos a próximas oportunidades para proporcionar comentarios sobre temas de política pública que surgen del rol de intermediarios en Internet en la implementación de la Declaración de Seúl sobre el Futuro de la Economía en Internet.

Consejo Consultivo de la Sociedad Civil sobre la Sociedad de la Información

Expertos en Intermediarios en Internet

30 de junio de 2009