

ACUERDO DE ASOCIACIÓN TRANSPACÍFICO (TPP)
CAPÍTULO DE PROPIEDAD INTELECTUAL
RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERNET
ONG Derechos Digitales-Chile¹

La Propuesta Conocida²

Article 16.3 of the leaked US proposal for an Intellectual Property chapter, expresses Parties' duty to establish remedies to prevent infringement, and both civil and criminal remedies to deter further infringements, within that Article's framework. That includes:

- (a) legal incentives for private cooperation between service providers and copyright holders,
- (b) limitation of scope of remedies against intermediaries that serve as mere conduits in copyright infringements. This includes: (i) limitation confined to certain technical functions; (ii) limitation available only where service provider does not interfere with content or transmission; (iii) different qualification for limitations according to each technical function as described in clauses (iv) to (vii); (viii) limitations for remedies taken against service providers; (ix) obligation to establish procedures for notification for notice and takedown, and counter-notifications in case of erroneous removal, plus monetary remedies for knowing misrepresentation in notice or counter-notice that causes injury; (x) liability exemption for service providers that remove or disable access in good faith provided that it takes "reasonable steps" to notify the removal or restore in case of timely counter-notice; (xi) administrative or judicial procedure to identify the alleged infringer; (xii) definition of service providers for whom rules apply.

El Contexto

- La responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet ha estado en discusión durante un par de décadas. Sin embargo, en los EE.UU. se mantiene constantemente por los tribunales que un mero proveedor de servicios no es responsable de los contenidos que transitan a través de sus servicios, ya que no tienen ningún control editorial (ver *Cubby, Inc. v Compuserve*).
- La Ley de Derecho de Autor de EE.UU. (*Digital Millennium Copyright Act.*), contiene disposiciones de salvaguarda para limitar la responsabilidad ISP por motivos de infracción de derechos de autor, estableciendo que el acceso, el tránsito, de alojamiento o almacenamiento en caché de los proveedores de datos no puede ser considerado responsable a menos que estos reciban una notificación y solicitud de bajada de los contenidos por parte de los titulares de los derechos de autor. Este modelo ha sido transpuesto a otras jurisdicciones a través de acuerdos de libre comercio, con algunos cambios. Esto incluye la regulación chilena para los ISP de 2010, en plena conformidad con los requisitos del TLC.

Las Preocupaciones

- Las obligaciones de las Partes según lo establecido en el artículo 16.3.a) son excesivamente vagas: otorgar incentivos legales para la acción privada que afecta a los demás, tal vez negativamente, puede alentar esa conducta. Por ejemplo, **los incentivos legales para la autorregulación podría dar lugar a sistemas creados privadamente para la remoción fácil de contenido presumiblemente ilegal**, o el establecimiento de normas abusivas hacia los consumidores.

¹ Información de Contacto: J. Carlos Lara (juancarlos@derechosdigitales.org) & Francisco Vera (francisco@derechosdigitales.org)

² como disponible en: <http://tppinfo.org/resources/leaked-texts-country-info/>

- Las obligaciones de las Partes según lo establecido en el artículo 16.3.a) pueden dar lugar a ISPs asumiendo funciones que van más allá de los servicios contratados por los consumidores. Por ejemplo, **podría conducir a la vigilancia de contenido o de inspección profunda de paquetes, con el fin de cumplir con la "cooperación" prevista con los titulares de los derechos de autor.** Si bien esto no es requerido por la TPP, no está prohibido, y se alentó a la "cooperación" sin tener en cuenta los derechos de los usuarios.
- Nuevas obligaciones para los proveedores de Internet en materia de control de los contenidos, van directamente en contra de “meras reglas de conducta” y la tendencia actual de las leyes de neutralidad de la red (en lugares como Chile y los Países Bajos), que permiten cada vez más una mejor conectividad, transparencia en el servicio y la no interferencia en las comunicaciones privadas de los usuarios.
- Las obligaciones de las partes, según se establece en el artículo 16.3.b), de establecer un proceso similar al DMCA para quitar o deshabilitar el acceso a contenido presuntamente infractor, **mientras que un sistema de puerto seguro ya está en marcha en varias jurisdicciones, es importante no imponer un sistema de aviso privado obligatorio.** Cuando sólo se necesita un aviso privado para el desmontaje de contenidos y eximir a un proveedor de servicios de responsabilidad, no hay incentivos para desestimar la petición.³ Censura privada, los abusos del sistema y una posible sobrecarga de solicitudes pueden ocurrir si no hay una revisión adecuada disponible sin una contra notificación
- Las obligaciones de las partes según lo establecido en el artículo 16.3.b) ponen en peligro los derechos humanos si no se establecen normas de derecho de autor equilibrado, de manera obligatoria, o si no se tienen en cuenta las cuestiones políticas complejas que se deben decidir en cada país. Por ejemplo, **Chile y Canadá** han llegado, después de un largo debate, a diferentes soluciones de notificación y remoción: un sistema de remoción judicial en Chile,⁴ así como el *notice and notice* en el sistema canadiense. En Chile, esto se produjo hace muy poco, después de más de tres años de debate en el Congreso, en pleno cumplimiento de los requisitos del TLC EE.UU.-Chile. De esta forma, volver a realizarse una discusión del Congreso para asuntos tan recientemente promulgado como dicha ley tiene pocas posibilidad de tener éxito.⁵
- Las obligaciones de las Partes según lo establecido en el artículo 16.3.b), no debería ser, en absoluto, obligaciones. **No sólo son cuestiones complejas de políticas, sino que también son innecesarias.** Desde la reforma de Chile para implementar el proceso de notificación y remoción judicial, no se han presentado casos conocidos de uso indebido de obras como ha sucedido con el DMCA en los EE.UU.. Desde la misma reforma en Chile, la cooperación entre los proveedores de servicios y titulares de derechos ha operado con éxito, pero con un marco más claro; la revisión judicial es sólo utilizada cuando es necesaria.
- Las obligaciones de las partes, según se establece en el artículo 16.3.a) **acabarán dando nuevas obligaciones a los proveedores de servicios haciendo más costoso el conectarse a redes digitales, aislando así gran parte de la población** y disminuyendo las posibilidades de un acceso legal y rápido de las personas a un sinnúmero de productos, ya sea digital o no, en el mercado global. Esto es motivo de preocupación en países pequeños con grandes cantidades de gente pobre. Elevar el precio del acceso a Internet es eliminar los medios para realizar una serie de actividades lícitas, causando daño al comercio y la innovación, y desalentando la creación de servicios lícitos.

³ ver: <http://www.chillingeffects.org>.

⁴ A petición judicial, el tribunal tiene que dar un breve despacho de mérito de la solicitud. Además, los ISP tienen que enviar el aviso a los editores de contenido

⁵ El proyecto de ley de aplicación chileno sabiamente excluyó la regulación de disposiciones TPM para agilizar las normas de responsabilidad de ISP. Aun así, se presentaron manifestaciones públicas y la intervención del gobierno con el fin de asegurar un acuerdo político para evitar el fracaso del proyecto de ley. En Canadá, se tardó más de diez años de debate sobre la ley de derechos de autor antes de que Bill C-11 recibiera la sanción real en 2012.

- En la última semana de julio de 2011, Google reportó 156.314 solicitudes de eliminación de URL de su servicio de búsqueda. Durante la última semana de marzo de 2013, Google reportó 4.491.708 solicitudes, lo que representa un crecimiento exponencial, y **haciendo un proceso de revisión adecuado casi imposible**. El sistema muestra signos de desgaste, y pronto podría dar lugar a reformas en los EE.UU.
- En consecuencia, los sistemas de notificación y remoción que solo requieren notificación privada pueden:
 - Fomentar las reclamaciones infundadas** que abusan del sistema, frenan la innovación, la competencia, la libertad de expresión, y ponen en peligro la libertad de expresión.
 - Fomentar la intervención judicial basándose en los avisos privados defectuosos, dando incentivos para acudir a los mecanismos judiciales con el fin de obtener dinero fácil compensación.

Las Soluciones Propuestas

1. Evitar incentivar la sobrecarga de los sistemas judiciales, mediante el apoyo a los sistemas de *notice and notice* donde sólo las reclamaciones significativas son llevados a los tribunales.
2. Promover recursos judiciales expeditos en todos los ámbitos, en lugar de riesgosas remociones privadas.
3. Evitar altas obligaciones para los proveedores de servicios de Internet locales e internacionales, previniendo que los sistemas de notificación y remoción privados retiren contenidos apresuradamente.
4. Apoyar el libre comercio, mediante la participación en medidas significativas para garantizar que los proveedores de contenido tienen canales adecuados para la disponibilidad internacional de productos de derechos de autor, desalentando así la distribución ilegal.⁶

⁶ En mayo de 2011, Netflix superó el protocolo p2p BitTorrent como el plato principal para el uso de ancho de banda en los EE.UU., y en la actualidad representa más de un tercio de tráfico de bajada durante el periodo pico de ancho de banda en las conexiones fijas. (Fuente: Global Sandvine Fenómenos Reportar Internet: 2H 2012)