

**LA TENSIÓN ENTRE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y EL INTERCAMBIO DE
CONTENIDOS EN LA RED
A PROPÓSITO DEL CASO CUEVANA EN ARGENTINA Y LA ‘LEY LLERAS’ EN COLOMBIA**

**Documento producido por la Iniciativa por la Libertad de Expresión en Internet –
iLEI-, del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información
–CELE- de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Argentina¹**

Resumen

Este documento toma el caso de Cuevana –en el que un juez argentino ordenó el bloqueo de varias páginas de este sitio de Internet por posible violación de los derechos de autor– como punto de partida para analizar la tensión entre la protección de la propiedad intelectual y el intercambio de contenidos en la red.

Tomando como base la experiencia de los países que han liderado esta política pública, el texto señala elementos críticos para tener en cuenta, como son las restricciones previas de acceso a Internet, la proporcionalidad de las medidas y el uso de intermediarios.

El objetivo principal es que este insumo sirva como elemento de discusión para toda la región. Principalmente, se espera que en el debate de proyectos de ley sobre esta materia se analice el posible efecto negativo que puede tener para el desarrollo y uso de Internet la implementación de ciertos estándares de protección de los derechos de autor.

Este documento termina con las siguientes reflexiones:

- *La protección de los derechos de autor en detrimento de derechos elementales del ciudadano, como el debido proceso y la libertad de expresión, obliga a preguntarse cuál es realmente la prioridad de los Estados en la regulación de Internet.*
- *La presión internacional y las obligaciones contraídas en tratados internacionales sugieren que nuestra región corre el riesgo de adoptar leyes igualmente restrictivas.*
- *La protección de los derechos de autor, al igual que otras decisiones clave en la gobernanza de Internet, determinará en qué medida la era digital servirá para fortalecer nuestras democracias.*

¹ Este documento fue elaborado por Eduardo Bertoni, director del CELE, y Carlos Cortés, investigador del iLEI. Con la colaboración de Atilio Grimani, asistente de investigación del iLEI.

A la luz de la tendencia internacional, las decisiones recientes contra Cuevana, el popular sitio gratuito en línea de películas y series, no resultan sorprendentes. Este caso sigue el patrón acogido por varios Estados –y apoyado decididamente por la industria del entretenimiento– de emprender una cruzada para proteger los derechos de autor en la era digital.

Más allá de si los responsables de Cuevana cometieron un delito (lo cual tendrá que probarse en el proceso penal que se les sigue), la actuación del poder judicial civil argentino permite trazar un paralelo con lo que sucede en otros países en esta materia. Igualmente, sirve para analizar la tensión entre la protección de los derechos de autor en Internet y el derecho a la libertad de expresión. Tensión que, por lo visto hasta ahora, se está resolviendo en contra de ésta última.

El objetivo de este artículo es, entonces, analizar brevemente este caso – particularmente una de sus decisiones– y ponerlo en una perspectiva internacional. El propósito no es hacer un estudio comparado de legislaciones sobre derechos de autor, sino ofrecer algunos elementos iniciales de discusión para nuestra región, que apenas comienza a transitar el camino de la gobernanza de Internet.

* * *

Según reportó la BBC,² el 13 de marzo pasado fue arrestado en Chile Cristian Álvarez, uno de los administradores de Cuevana. Simultáneamente, un fiscal argentino abrió una causa penal contra los responsables del sitio por

² Ver “¿Llegó el fin de Cuevana?”, en BBC Mundo. 16 de marzo de 2012, disponible en http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2012/03/120316_tecnologia_cuevana_cierre_dp.shtml.

violación de la propiedad intelectual.³ Sin embargo, la acción de las autoridades venía desde antes: en noviembre de 2011, la empresa Imagen Satelital S.A. –que ostenta una licencia de Turner Internacional S.A., propietaria de varios de los contenidos disponibles en Cuevana– inició en Argentina un proceso civil contra ese sitio por el mismo motivo. En desarrollo de éste, le solicitó al juez que decretara una medida cautelar, mientras se decide el asunto de fondo, para evitar un perjuicio inminente o irreparable.

El juez argentino⁴ acogió la petición de Imagen Satelital S.A. y ordenó que de manera cautelar los proveedores del servicio de conexión a Internet de Argentina (ISP, por la sigla en inglés),⁵ bloquearan el acceso a una lista de direcciones de Cuevana donde se podía acceder a las obras audiovisuales 'Falling Skies', 'Bric' y '26 personas para salvar el mundo'. La Comisión Nacional de

³ Sobre las consecuencias que la acción penal puede tener sobre la libertad de expresión, ver Eduardo Bertoni, “La libertad de expresión en Internet”, en La Nación. 9 de diciembre de 2011, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1431250-la-libertad-de-expresion-en-internet>.

⁴ Si bien la decisión judicial que concedió la medida cautelar emitida por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en los Civil N° 1, a cargo del Dr. Gustavo Caramelo Díaz, es motivo del presente artículo, se debe aclarar que esta se encuentra, a nuestro parecer, fundamentada en debida forma y no presenta rasgo de arbitrariedad alguno. Asimismo, es dable destacar que la sentencia en cuestión no se expide sobre el fondo del asunto, es decir sobre si Cuevana infringe efectivamente los derechos de propiedad intelectual, sino sólo sobre la medida cautelar.

⁵ La sigla ISP corresponde al término Proveedores de Servicios de Internet (*Internet Service Providers*). El término se refiere únicamente a las empresas que proveen la conexión a la red. Sin embargo, en algunos contextos se usa ‘proveedores de servicios’, que abarca todas las empresas que proveen servicios en Internet –desde conexión hasta almacenamiento de datos–.

Comunicaciones notificó la decisión a todos los ISP del país.⁶

La solicitud de la empresa Imagen Satelital se amparó principalmente en dos normas. Por un lado, el artículo 232 del Código de Procedimiento Civil y Comercial (CPCC) de Argentina y, por el otro, el artículo 79 de la Ley de Propiedad Intelectual (No. 11.723).

El artículo del CPCC establece la posibilidad de solicitar una medida cautelar cuando exista un temor fundado de que *“durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable”*. Así mismo, el artículo de la Ley de Propiedad Intelectual otorga a los jueces la facultad de decretar la suspensión de un espectáculo teatral, cinematográfico, filarmónico u analógico, o el embargo de las obras denunciadas, con el mismo fin. De esta forma, esta orden judicial no implica una atribución de responsabilidad civil.

La decisión del juez tiene tres partes relevantes para el presente análisis: i) utiliza una medida cautelar para prohibir la difusión de un contenido; ii) impide el acceso de los usuarios de Internet a páginas completas de un sitio, y iii), no imparte la orden al autor del posible daño sino a unos agentes privados –los ISP– que no son responsables del contenido ni tampoco lo albergan.

Esta actuación no es extraña en el contexto internacional. A pesar de no estar amparada en una legislación específica para Internet, el juez sigue una línea muy similar a la de países como Estados Unidos o Francia, que lideran la implementación de medidas agresivas para combatir la piratería en línea. A continuación se esbozan algunos

⁶ Ver el anuncio de la Comisión en http://www.cnc.gov.ar/noticia_detalle.asp?idnoticia=122.

elementos de este panorama, para a partir de allí, y en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, analizar los puntos señalados previamente.

1. Los derechos de autor en la era digital

La irrupción de Internet y la llegada de nuevas tecnologías digitales abrieron una brecha ilimitada para la creación, mezcla, copia y reproducción de contenidos. Los costos de producir información bajaron dramáticamente, mientras que el control sobre la información se volvió más complejo. El flujo de contenidos se dispersó, entre otras a través de redes de usuarios conectados directamente (conocidas como redes de pares o *peer to peer networks* o P2P). El resultado fue la generación de una cultura digital, que se caracteriza por la interconexión, la descentralización y la ausencia de control.⁷

Este escenario también abrió nuevas fronteras para “el delito y la piratería”. Este último punto en especial, llevó a muchos grupos de interés a promover la actualización de la protección de la propiedad intelectual, que está inmersa en una compleja red de tratados internacionales, acuerdos bilaterales y leyes nacionales.⁸

⁷ Ver, entre otros, Benkler, Y. *The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom*. Yale University Press. New Haven and London. 2006. Capítulo 7, “Emergence of the Networked Public Sphere”, pg. 212.

⁸ No es el objetivo de este artículo explicar este marco normativo. Baste señalar que la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (WIPO, por su nombre en inglés), es la agencia de las Naciones Unidas que administra la mayoría de tratados sobre propiedad intelectual. Uno de los tratados clave es el ‘Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual’ (TRIPS, por su nombre en inglés). Otro, que se menciona más adelante en el

Para muchos críticos, entre ellos Lawrence Lessig, la protección de la propiedad intelectual, en términos de hoy, es desproporcionada y económicamente ineficiente.⁹ Además, amenaza de muerte la innovación digital y la naciente sociedad de la información:

Esta no es una situación de los derechos de autor imperfectamente protegidos; esta es una situación de derechos de autor fuera de control. A medida que millones [de personas] mueven sus vidas al ciberespacio, el poder de los dueños de los derechos de autor para monitorear y controlar el uso de 'su' contenido, solo aumenta. Esto aumenta, a su vez, el beneficio de los titulares de estos derechos, pero, ¿con qué beneficio para la sociedad y a qué costo para los usuarios ordinarios?¹⁰

Al enfrentarse a una realidad en que todo contenido digital es susceptible de copiarse (con las mismas características del original), el sistema de control tradicional –donde la copia de un archivo desencadena la protección de los derechos de autor– se torna inconsecuente.¹¹

texto, es el Acuerdo Comercial Anti-falsificación (ACTA, por su nombre en inglés).

⁹ Sobre el problema de la ineficiencia económica en la regulación de la propiedad intelectual, ver, por ejemplo, Patry, W., *How To Fix Copyright*. Oxford University Press, y Palfrey, J. *Intellectual Property Strategy*. The MIT Press Essential Knowledge Series.

¹⁰ Traducción libre de Lessig, L. *The Future of Ideas: The Fate of The Commons in a Connected World*. A Knopf E Book. Vintage Books. Posición 3844 (Edición de Kindle).

¹¹ Ver, Lessig L. *Por una Cultura Libre: Cómo los grandes grupos de comunicación utilizan la tecnología y la ley para clausurar la cultura y controlar la creatividad*. Traducción de Antonio Córdoba/elástico.net. Ed. Traficantes de Sueños, Madrid (2005), pg. 49 y ss.

Antes de Internet, por ejemplo, leer un libro no estaba regulado por la ley de derechos de autor, puesto que dicho uso no implicaba la generación de copias (podía tratarse, simplemente, de un libro prestado entre amigos). Por ende, nadie tenía la necesidad de recurrir a lo que se conoce como el 'uso justo'¹² para defender su derecho a leer un texto una o varias veces. Esta situación comenzó a cambiar desde el momento en que el código –la programación– de los contenidos digitales permitió que el dueño de los derechos de autor ejerciera un control directo sobre cada copia de su trabajo.

El fenómeno que quizá más preocupa a quienes lideran la lucha contra la piratería es el de las redes de pares (P2P), donde los usuarios se conectan entre sí y comparten todo tipo de archivos.¹³ En general, las P2P son consideradas por la industria del entretenimiento como santuarios para la piratería. Por lo tanto, muchos esfuerzos legales están encaminados a bloquear estas redes.

Lessig ofrece una clasificación de los tipos de contenidos que comparten los usuarios en las P2P: i) algunos descargan los archivos en lugar de comprarlos; ii) otros los descargan para 'probarlos' –como una canción recomendada por un amigo– antes de comprarlos; iii) unos más descargan material protegido que ya no está a la venta –una canción de la infancia, por ejemplo– o

¹² Lessig se refiere al "uso justo" al hablar de usos de material protegido sin autorización del titular. Se consideran "justos", y son legales sin que importe la opinión del dueño, usos de material para crítica o información periodística, entre otros. Ver, *Ibid.* pg. 116 y ss.

¹³ El ejemplo inicial más conocido de P2P fue Napster, que facilitaba la conexión entre usuarios con archivos de música. El portal de Napster no guardaba los archivos de las canciones, sino que servía para ubicar el nombre de éstos y conectarse con el computador que los alojaba.

cuyos costos de transacción resultan demasiados altos (el disco físico existe, pero está en una discoteca en una ciudad lejana), y, por último, iv) están quienes descargan contenido que no tiene derechos de autor o cuyas licencias fueron abiertas por los titulares de éste.¹⁴

Desde el punto de vista legal, argumenta el autor, sólo el último grupo estaría claramente amparado. Sin embargo, de los tres restantes sólo el primero puede representar un perjuicio real para el dueño del material protegido. Sin tomar en cuenta estos matices, la lucha por la protección de la propiedad intelectual se ha centrado en coartar la existencia misma de las P2P. Al igual que sucede con el caso del libro digital, en éste también se pierde el equilibrio entre la necesidad de garantizar ingresos a los autores y, a la vez, el propósito colectivo de fomentar el desarrollo de nuevas tecnologías y de prácticas novedosas en las redes digitales.

Para poner en cintura a los usuarios, la idea inicial de muchos reguladores fue responsabilizar a los ISP y prestadores de servicios por el contenido que terceros transmitían a través de su red u hospedaban en sus servidores. Este enfoque no solo aplicaba para los problemas de propiedad intelectual, sino también para combatir delitos en Internet como la pornografía infantil.

Esta opción fue desechada inicialmente en Estados Unidos, país precursor en la protección de la propiedad intelectual. Las ISP y la industria naciente de Internet se defendió diciendo que asumir la responsabilidad por actos ilegales de los que no tenían conocimiento, los obligaba a monitorear

sus servicios permanentemente, lo cual *“no solo interfería con la privacidad del usuario y la libertad de expresión entre otras, sino que también aumentaría dramáticamente los costos de acceso a Internet”*.¹⁵

La alternativa fue ofrecerle a los ISP una especie de inmunidad legal por posibles violaciones de derechos de autor cometidas por los usuarios de sus servicios, siempre y cuando cooperaran. Con algunas variaciones, este es el enfoque que ha imperado en leyes nacionales y tratados. Como veremos a continuación, se trata de una aproximación que protege prioritariamente a los titulares de los derechos de autor, y pone en un segundo plano los derechos del ciudadano que usa Internet.

a. La notificación para remover contenidos en Estados Unidos

En Estados Unidos la 'Ley de derechos de autor del milenio digital' o DMCA por su nombre en inglés (Digital Millennium Copyright Act) fue expedida en 1998. La DMCA es una ley extensa que abarca varios temas de propiedad intelectual, pero para los fines de este artículo vale la pena destacar las provisiones sobre los denominados 'puertos seguros' (*safe harbors*).

La DMCA establece que un prestador de servicios de Internet¹⁶ está exento de responsabilidad por violaciones de los derechos de autor si los contenidos que supuestamente los infringen cumplen cualquiera de estas condiciones: i) son copias incidentales de datos hechas durante la transmisión digital a favor de los usuarios; ii) es

¹⁴ Lessig L. Por una Cultura Libre: Cómo los grandes grupos de comunicación utilizan la tecnología y la ley para clausurar la cultura y controlar la creatividad. Traducción de Antonio Córdoba/elástico.net. Ed. Traficantes de Sueños, Madrid (2005), pg. 87 y ss.

¹⁵ Traducción libre de A. Reichman, Jerome H., et al. Reverse Notice and Takedown Regime to Enable Public Interest Uses of Technically Protected Copyrighted Works. 22 Berkeley Tech. L.J. 981 (2007), pg. 989.

¹⁶ Recordemos que incluye también a los ISP.

información almacenada por los usuarios, a menos que el prestador de servicios reciba una notificación de violación de derechos de autor y no investigue los cargos y remueva el material violatorio, y iii) es contenido almacenado en el caché para ofrecer un servicio más rápido o como información para herramientas de búsqueda (motores de búsqueda, por ejemplo), que eventualmente pueden conectar a los usuarios con material violatorio.

La notificación de la que trata el segundo punto es un proceso directo entre el titular de los derechos de autor y el prestador del servicio (el usuario no tiene mayor relevancia). Si el primero considera que el segundo alberga un material que vulnera los derechos de autor (por ejemplo, un video en Youtube), lo notifica formalmente. El titular del material no debe acreditar la vulneración de manera exhaustiva sino simplemente afirmar de buena fe que considera tal uso ilegal.¹⁷

El proveedor del servicio tampoco debe verificar la información a fondo: para mantenerse en el 'puerto seguro' que ofrece la ley –es decir, para no responder secundariamente por la posible vulneración–, simplemente debe remover el contenido. Y entre más rápido lo haga mejor: hospedar contenido después de haber sido notificado de que éste puede vulnerar derechos de autor, podría comprometer su responsabilidad.¹⁸

¹⁷ Ver sección 202 del DMCA. Disponible en http://w2.eff.org/IP/DMCA/hr2281_dmca_law_1998_1020_pl105-304.html.

¹⁸ "La amenaza de responsabilidad secundaria induce a los proveedores del servicio a cumplir con la provisión del DMCA sobre notificación y desmonte". Traducción libre de Seltzer, W. Free Speech Unmoored in Copyright's Safe Harbor: Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment. Harvard Journal of Law and Technology. Volume 24, Number 1, Fall 2010. Pg. 177.

El usuario, por su parte, dispone de una contra-notificación para solicitar que el contenido vuelva a estar disponible en línea. Esta contra-notificación debe incluir una declaración juramentada de que la remoción fue errónea y una explicación (por ejemplo, el usuario alega que está usando el material sujeto de derechos de autor dentro de los usos razonables o *fair use*).¹⁹ El proveedor de servicios dispone de entre 10 y 14 días para resolver la solicitud. Solo después, el usuario puede intentar una demanda contra el titular de un derecho de autor que inició sin fundamento la acción para desmontar un contenido.

b. Los tres 'strikes' en Francia

Otras leyes nacionales siguen un esquema similar. La ley 'Hadopi' o 'Ley de creación e Internet' en Francia, expedida en 2009, creó el organismo con el mismo nombre²⁰ que se encarga, entre otras, de administrar el sistema de los tres 'strikes'. Según éste, un usuario que esté haciendo uso de contenidos protegidos por derechos de autor dispone de tres oportunidades antes de ser sancionado. En un primer correo electrónico, se le informa al usuario (identificado a través de su dirección IP) de la queja presentada en su contra por el titular de un material protegido. Desde ese momento el ISP (referido en este caso únicamente a los proveedores de la conexión a Internet) comienza a monitorear su conexión.

Si dentro de los seis meses siguientes el Hadopi, el ISP o el titular del derecho de autor sospecha que el usuario está reincidiendo en la supuesta violación, se le hace llegar una carta certificada con el

¹⁹ Los usos razonables incluyen, entre otros, el uso de material protegido para comentarlo, criticarlo o informar periodísticamente sobre él.

²⁰ *Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet*.

reclamo. Y si esta segunda advertencia no funciona, nuevamente a instancias de cualquiera de los tres actores, el ISP procede a suspender la cuenta del usuario por un lapso de entre dos meses y un año. Adicionalmente, el usuario entra a una lista negra, que implica que ningún otro ISP puede proveerle conexión a Internet. Solo en esta última etapa el usuario dispone de un recurso de apelación, en el que tiene que demostrar que no vulneró los derechos de autor.

La regla de los tres 'strikes' también está prevista en la Ley de Economía Digital (*Digital Economy Act*) aprobada en el Reino Unido en 2010 pero aún pendiente de implementar por parte de la Oficina de Comunicaciones (Ofcom), el ente regulador del sector.²¹

c. La cooperación de las ISP en el tratado ACTA

El Acuerdo Comercial Anti-falsificación (ACTA, por su nombre en inglés), firmado en 2011 por seis países pero aún sin ratificar, establece un marco general para combatir la piratería. En relación con los derechos de autor en Internet, abre la ventana para que los prestadores de servicios de Internet y los titulares de los derechos de autor establezcan una cooperación directa entre sí, sin que sea necesaria la decisión previa de un juez.

Entre otros, el tratado exhorta a los Estados-parte para que obliguen a los prestadores de servicios de Internet a entregar de manera expedita a los titulares de derechos de autor cualquier información que requieran para identificar usuarios que puedan estar vulnerando sus derechos. Igualmente,

²¹ La implementación de esta ley ha sido objeto de múltiples debates en el Reino Unido. Algunos detalles en <http://www.guardian.co.uk/technology/digital-economy-act>.

exhorta a los Estados-parte a garantizar recursos expeditos que inhiban futuras vulneraciones de los derechos de autor.

En los meses recientes, la posible ratificación de este tratado por parte de la Unión Europea ha causado protestas en todos los países del continente.²² La organización civil Grupo Derechos Abiertos (*Open Rights Group*), adelanta una campaña en contra de su ratificación en el Reino Unido. Según este grupo, el tratado contiene “definiciones excesivamente amplias, duras medidas punitivas y una falta de validez democrática”, por lo cual es peligroso para la libertad de expresión y la privacidad en Internet.²³

d. Los proyectos de SOPA y PIPA

En Estados Unidos se discuten dos proyectos de ley similares: la 'Ley de cese a la piratería en línea' o SOPA (Stop Online Piracy Act) y 'Ley para proteger direcciones IP' o PIPA (Protect IP Act). En esencia, estos proyectos tienen el propósito de que las direcciones IP de los sitios de Internet que suministran contenido pirata pierdan su sistema de nombre de dominio o DNS (*Domain Name System*). Todos los sitios a los que se accede desde un navegador cuentan con una dirección IP compuesta por números (por ejemplo, 216.27.61.137); esta dirección se asocia a un nombre, que es el que usualmente conoce el usuario (por ejemplo, www.google.com).

Al separar el DNS de la dirección IP, la orden tradicional (teclear 'google.com' y oprimir 'enter' en el navegador), no funcionará. En cambio, la solicitud será enrutada a una página en la que el

²² Ver

<http://www.guardian.co.uk/technology/2012/jan/27/acta-protests-eu-states-sign-treaty>

²³ Ver Stop ACTA en

<http://www.openrightsgroup.org/campaigns/stopacta>.

usuario se enterará de que el contenido al que está tratando de acceder alberga contenido violatorio de los derechos de autor y fue objeto de dicha sanción.

Esta medida se complementaría con una serie de prohibiciones para que los buscadores no puedan enlazar sus búsquedas a cierto sitios, y para que los compañías de publicidad o de pagos en línea no puedan hacer negocios con ellos.

SOPA fue objeto de un rechazo considerable en Estados Unidos. Además de organizaciones civiles, intermediarios como Google y Wikipedia protestaron con franjas negras o desconexión temporal de sus sitios.²⁴

e. Incorporación del Tratado de Libre Comercio en Colombia

El pasado 22 de marzo, el Congreso colombiano aprobó en primer debate un proyecto de ley sobre derechos de autor. Éste implementará algunas de las obligaciones que el país adquirió con Estados Unidos en el Tratado de Libre Comercio, ratificado en octubre de 2011 por el Congreso norteamericano.

El proyecto avanza sin discusión ni debate en el Congreso, ya que el presidente Juan Manuel Santos solicitó un trámite de urgencia para tener lista la ley para la Cumbre de las Américas, que se llevará a cabo en Cartagena a mediados de abril. Es decir, Santos espera darle la buena noticia al presidente Barack Obama.

A grandes rasgos, el proyecto de ley sigue la línea de la legislación estadounidense en la materia: extiende el término de protección de las obras (vida del artista más 80 años y, en el caso de

personas jurídicas, 70 años); extiende las prohibiciones de uso a cualquier forma de difusión, reproducción o comunicación a través de Internet (pero sin establecer claramente los criterios de uso justo), y hace igualmente extensivos a Internet los delitos en algunos tipos de violación de los derechos de autor. También recoge, casi en los mismos términos, la provisión anti-elusión (*anti-circumvention*) que tiene el DMCA de Estados Unidos.

Al igual que las normas en que está basado, el proyecto incorpora definiciones amplias (por ejemplo, define 'lucro' como la "*ganancia o provecho que se saca de algo*") e invierte la carga de la prueba a favor del supuesto titular del derecho.

El año pasado el gobierno presentó un proyecto que contemplaba medidas de notificaciones de retiro de contenidos y de puertos seguros para los ISP, en términos casi idénticos al DMCA. La presión de la opinión pública hizo que la iniciativa se retirara. Este tema no ha sido incluido, de momento, en el nuevo proyecto.

2. Desproporción, intermediarios y censura previa

La aplicación de estas normas ha suscitado un amplio debate alrededor de los mismos puntos que se ven ahora en el caso de Cuevana: el uso de intermediarios, la censura previa y la proporcionalidad de las medidas.

En primer lugar, el caso de Cuevana presenta una diferencia fundamental con el mecanismo previsto en otros países. La decisión de bloquear algunas páginas de ese sitio de Internet hace parte de un proceso judicial, lo que permite a los afectados defender sus derechos con todas las garantías procesales. Esto se debe en parte a que no se trata de la aplicación de una norma específica para Internet como aquellas

²⁴ Ver, entre otros, http://www.washingtonpost.com/politics/sopa-protests-to-shut-down-websites/2012/01/17/giQA4WYl6P_story.html y <http://www.guardian.co.uk/technology/gallery/2012/jan/18/sopa-internet-blackout-websites>.

expedidas en los últimos años, que han privatizado esta labor. En la mayoría de los casos, estas regulaciones especiales han impedido que los ciudadanos cuestionen tales decisiones, que terminan en manos de autoridades administrativas o de los propios prestadores de servicios.

Y si bien la decisión contra Cuevana se enmarca en un proceso judicial, hace uso de los intermediarios – específicamente los ISP– para bloquear el acceso a ciertos contenidos de su página. En la atmósfera de Internet, los intermediarios (conocidos como 'porteros' o *gatekeepers*) son fundamentales en el proceso de difundir contenidos y, por lo tanto, ostentan el poder de restringirlos o promoverlos. En el debate público de hoy las opiniones no se oyen en la plaza pública o encima de una caja de jabón. Requieren de un intermediario.

Las provisiones del ACTA norteamericano y otras incluidas en los proyectos de ley SOPA y PIPA, prevén una mayor responsabilidad y mayor discrecionalidad de los prestadores de servicios en la labor de determinar, de la mano de los titulares de los derechos de autor, qué información debe ser removida de Internet. La preocupación en el caso que nos ocupa es, entonces, si la decisión del juez argentino es la cuota inicial del protagonismo que empezarán a adquirir los proveedores de Internet en estas controversias en Latinoamérica.

Algunos académicos –y muchos en la industria de la publicación de entretenimiento– argumentan que los proveedores de servicios deberían actuar como guardias de los derechos de autor (...) Este análisis se enfoca en los daños a la propiedad que genera la vulneración de los derechos de autor, y tiende a minimizar los costos públicos –en reducción del discurso y falta de acceso– que

conlleva el uso de intermediarios impositivos.²⁵

Por otro lado, la medida cautelar que ordena el juez argentino se asemeja a la notificación para remover contenidos bajo el DMCA en Estados Unidos. En otras palabras, puede verse como una forma de censura previa. En el escenario norteamericano, el diseño de la norma crea los incentivos para que los prestadores de servicios remuevan expresiones de todo tipo –tanto legales como ilegales–²⁶, mientras que el ciudadano enfrenta un proceso desventajoso que muchas veces termina por inhibir el interés de expresar su idea.²⁷ Este fenómeno se conoce como el 'efecto inhibitorio' (*chilling effect*): *“Disuadidos por el temor del castigo, algunos individuos se abstienen de decir o publicar algo que legalmente podrían, y de hecho, deberían [decir]”*.²⁸

El antecedente de Cuevana puede generar el mismo efecto inhibitorio si se aplica a todo tipo de controversias donde exista una posible vulneración de los derechos de autor. Si la medida cautelar se convierte en la regla, los usuarios optarán por evitar el costo de un proceso judicial y optarán por restringir su libertad de expresión, más allá de que no pese una decisión final sobre ellos.

A la luz de la Convención Interamericana de Derechos Humanos parece claro que la medida previa

²⁵ Traducción libre. Op. Cit. Seltzer, W. pg. 183.

²⁶ Por ejemplo, en 2009 el propio académico Lawrence Lessig fue objeto de una notificación de Warner Music de retiro de contenido bajo el DMCA. El video era, precisamente, una conferencia sobre el problema de protección de los derechos de autor y el uso justo de materiales protegidos. Ver <http://www.techdirt.com/articles/20090428/1738424686.shtml>.

²⁷ Cfr. Ibídem. Pg 193 y ss.

²⁸ Traducción libre de Schauer, F. Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect. Faculty Publications. Paper 879. <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/879>. 1978. Pg. 693.

deviene en censura previa. Según el artículo 13, el derecho a la libertad de expresión *"no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley"*.²⁹

Para un juez puede parecer justificada la medida cautelar cuando verifica que existe, por un lado, un sitio en Internet que ofrece películas gratis y, por el otro, un tercero que acredita ser el titular de los derechos sobre esos contenidos. Sin embargo, cuando ese mismo juez se enfrente a expresiones con usos parciales de esos contenidos –por ejemplo, un fragmento mezclado, una parodia o una crítica–, ¿podrá tomar la misma decisión? El riesgo que corre es resolver la duda en contra de la libertad de expresión.

Este último punto nos lleva al problema de proporcionalidad. En el caso de Estados Unidos y Francia, la carga de la prueba está invertida en contra del ciudadano: debe ser éste el que pruebe, después de haber sido sancionado por fuera de un proceso judicial, que el contenido que colgó en un sitio de Internet no desconoce los derechos de autor de terceros. En el caso de Francia, además, el usuario puede estar desconectado de la red por orden de una autoridad administrativa y sin que medie

una decisión judicial, antes de poder cuestionar legalmente tal procedimiento.

En la mayoría de casos esas medidas son desproporcionadas. Es decir, el fin que se persigue no concuerda con la magnitud de la medida. Un video de un bebé cantando la canción de un artista conocido o un estudiante copiando en su blog un poema de su escritor favorito, pueden constituir usos no permitidos por los derechos de autor. No obstante, no guardan relación con el objetivo de combatir la piratería; no representan un riesgo del que la sociedad se deba cuidar.

La desproporción también se refiere al impacto que estas medidas pueden tener en el discurso político. Durante las elecciones presidenciales de 2008 en Estados Unidos, la campaña de John McCain fue objeto de varias notificaciones de remoción de videos en Youtube. Se trataba de comerciales legítimos de la campaña en un momento clave del debate.³⁰

En la 'Declaración conjunta acerca de Internet', los relatores de libertad de expresión de las Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y la representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, se refrieron a la desproporción en el punto particular del bloqueo de contenidos:

El bloqueo obligatorio de sitios web enteros, direcciones IP, puertos, protocolos de red o ciertos tipos de usos (como las redes sociales) constituye una medida extrema—análoga a la

²⁹ Adicionalmente, el numeral 4 del mismo artículo añade que *"los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia"*, pero sin desconocer la regla anterior. En este caso parece que el juez sugiere una analogía entre Cueva y un espectáculo cinematográfico para aplicar la Ley 11.723, pero aun así no cumple con el objeto aceptado por la Convención de censurar previamente tales contenidos únicamente para proteger la moral de la infancia y la adolescencia. En parte, la contradicción entre esta norma y la Convención se explica en la diferencia de épocas: la Ley de Propiedad Intelectual es de 1933 mientras que el Pacto de San José se suscribió en 1969.

³⁰ Ver, <https://www.eff.org/deeplinks/2008/10/mccain-campaign-feels-dmca-sting>. Seltzer menciona este ejemplo en el artículo citado de ella. Para la autora, el hecho de que este proceso del DMCA no se haga a través de las cortes evita que se desencadene un debate a luz de la Primera Enmienda, lo cual pondría sobre la mesa problemas como éste.

prohibición de un periódico o una emisora de radio o televisión— que solo podría estar justificada conforme a estándares internacionales, por ejemplo, cuando sea necesaria para proteger a menores del abuso sexual.³¹

En el caso de Cuevana, las páginas bloqueadas que contienen las series y películas supuestamente ilegales, pueden contener igualmente comentarios de usuarios o artículos de opinión sobre estos contenidos; expresiones que de ninguna manera son ilegales. Y, nuevamente, este caso puede parecer de fácil respuesta para algunos, pero a medida que lleguen otros más complicados, habrá que volver a mirar si este antecedente de bloquear páginas enteras de Internet en función de proteger los derechos de autor no es una solución desproporcionada.

3. Conclusión

La protección de los derechos de autor en detrimento de derechos elementales del ciudadano, como el debido proceso y la libertad de expresión, obliga a preguntarse cuál es realmente la prioridad de los Estados en la regulación de Internet. En los términos planteados, la estrategia de protección de los derechos de autor implica tener “*más delfines atrapados en las redes de pesca*”.³² Es decir, más inocentes en el grupo de culpables. Y aún así, la efectividad de esta estrategia es altamente discutible.

La presión internacional y las obligaciones contraídas en tratados internacionales sugieren que nuestra región adoptará leyes igualmente restricti-

vas.³³ A pesar de esto, no está de más abogar por una implementación que tome en cuenta los estándares de libertad de expresión. Esto es, que se aleje de la censura previa de contenidos y de medidas desproporcionadas; que no otorgue un poder arbitrario y excesivo a los intermediarios, y que garantice la posibilidad de recurrir las decisiones ante un tribunal.

La protección de los derechos de autor, al igual que otras decisiones clave en la gobernanza de Internet, también determinará en qué medida la era digital servirá para fortalecer nuestras democracias.

³¹ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, comunicado de prensa R50/11. Disponible en <http://cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=848&IID=2>.

³² Op. Cit. Seltzer, W. pg 180.

³³ Es el caso del proyecto de ley conocido en Colombia como la ‘Ley Lleras’, que incluye varias de las disposiciones contenidas en el DMCA de Estados Unidos.