

La sobrerregulación de los derechos de autor en Internet

¿Cómo llegamos a SOPA, PIPA y OPEN?

Óscar MONTEZUMA PANEZ*

Ante la reciente ola de protestas de los usuarios de Internet, así como de Twitter, Facebook, Wikipedia y Google contra los proyectos de ley norteamericanos denominados SOPA –Stop Online Piracy Act– y PIPA –Protect Intellectual Property Act–, por su siglas en inglés, por posibles infracciones a la privacidad, el debido proceso y la libertad de expresión dada su estricta protección de los derechos de autor, en el presente artículo se examinan cada uno de los fundamentos que sustentan estos proyectos, así como la Online Protection and Enforcement of Digital Trade Act (OPEN Act). El autor concluye que tanto SOPA como PIPA conciben a la propiedad intelectual desde un enfoque puro de observancia, sin detenerse en el régimen de excepciones propio del sistema de copyright en el que se gesta.

RESUMEN

En la primera parte del presente artículo nos dedicaremos a hacer un recuento histórico de los antecedentes que llevaron a este proceso que denominamos la sobrerregulación del derecho de autor en Internet. Seguidamente, nos dedicaremos a describir la aparición e importancia de Internet como fenómeno tecnológico. Posteriormente, esbozamos los alcances de los recientes y controvertidos proyectos de ley discutidos en el Congreso de los Estados Unidos de América: *Stop Online Piracy Act (SOPA)*, *Protect Intellectual Property Act (PIPA)* y *Online Protection & Enforcement of Digital Trade Act (OPEN)* y aquellas iniciativas que se vienen desarrollando en el plano internacional a nivel multilateral y plurilateral. A lo

largo del artículo presentamos la situación del Perú y comentamos el potencial impacto de dichas iniciativas legislativas en nuestro país frente a las que están actualmente vigentes. Finalmente, exponemos nuestras conclusiones.

Las premisas de las que partimos en la elaboración del presente artículo son las siguientes:

1. Creemos en el derecho de autor como uno de los ejes del sistema de propiedad intelectual.
2. El derecho de autor es sano y puede contribuir a fomentar la creatividad y la innovación si es regulado de manera razonable equilibrando dos variables: compensación

* Abogado especialista en propiedad intelectual y regulación de tecnología. Máster en Derecho por The George Washington University. Exmiembro de la Comisión de Derechos de Autor del Instituto de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (Indecopi). Columnista y fundador del *blog*: <<http://www.blawyer.org>>.

y acceso. Ello cobra aún mayor sentido ante el surgimiento de entornos digitales como Internet.

3. Internet y su estructura han fomentado significativamente la innovación y el acceso al conocimiento y la información.
4. No estamos de acuerdo con la piratería pero creemos que el modo de abordarla no es únicamente a través de mecanismos legales sino, fundamentalmente, de la innovación empresarial.

I. LA REGULACIÓN TRADICIONAL DEL DERECHO DE AUTOR O REGULACIÓN PRE INTERNET

El primer antecedente normativo internacional en la regulación del derecho de autor es el Convenio de Berna, que data del año 1886. Dicho tratado propone armonizar los dos sistemas preponderantes de protección de la actividad creativa humana, el *copyright* (proveniente de la tradición jurídica del *Common Law*) y el derecho de autor (proveniente de países de tradición jurídica romano-germánica). El Perú ratificó dicho Tratado en el año 1988 y reformó su ley de derechos de autor mediante Decreto Legislativo N° 822 en el año 1996. Dicha ley se encuentra aún vigente.

En síntesis, las normas antes mencionadas proponen lo siguiente:

1. El Estado protege la actividad creativa humana a través del derecho de autor.
2. El derecho de autor protege la expresión de ideas creativas y originales sin que sea necesario el cumplimiento de formalidades, es decir, la protección es automática y opera desde el momento de la creación de la obra. De esta manera, nadie puede disponer de ninguna obra sin la autorización del autor.

3. El derecho de autor se compone de derechos patrimoniales y morales.
4. Los derechos patrimoniales son transferibles y le permiten al autor explotar sus obras de manera exclusiva durante un periodo de vida del autor más un número determinado de años (en el Convenio de Berna son cincuenta¹ y en el Perú setenta años²). Vencido este plazo las obras pasan al dominio público.
5. Existen ciertas excepciones o limitaciones a los derechos patrimoniales que permiten ciertas utilidades sin autorización tales como el derecho de cita³.
6. Los derechos morales son intransferibles y permanecen siempre en cabeza del autor.

El modelo legislativo antes planteado funcionó bien en un mundo analógico donde el modelo de negocio de las industrias creativas dependía en gran medida del control de la copia y este era relativamente sencillo. Sin embargo, el desarrollo de nuevas tecnologías y la aparición de Internet fueron simplificando cada vez más dicho proceso de reproducción y diseminación de obras protegidas por derechos de autor, tal como detallamos a continuación.

II. LA APARICIÓN DE INTERNET Y LA IMPORTANCIA DE SU ESTRUCTURA

Podrá sonar curioso, pero el Internet tiene sus orígenes en un proyecto militar desarrollado por el gobierno de los Estados Unidos. Así, en el marco de la Guerra Fría y ante un eventual ataque nuclear de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), el gobierno de los Estados Unidos crea en setiembre de 1969 la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada (*Defense Advanced Research Project Agency-Darpa*), una división casi clandestina del Departamento de Defensa (*Department of*

1 Artículo 7 del Convenio de Berna. Ver el texto completo en: <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html> (consultado el 3 de febrero de 2012).

2 Artículo 52 del Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre el derecho de autor.

3 Revisar los artículos que componen el Título IV de dicha norma, denominado “De los límites al derecho de explotación y de su duración”.

Defense - DOD). En el seno de Darpa nace el proyecto *ArpaNet (Advance Research Project Agency Network)* que es el primer antecedente de lo que hoy conocemos como Internet. Así, Internet ha pasado de ser concebido inicialmente como un sistema militar de telecomunicaciones, para luego ser entendido como una infraestructura para el intercambio de información académica y, finalmente, constituirse en una plataforma para el intercambio comercial que cobra relevancia a inicios de los años noventa.

Técnicamente, los sistemas de comunicación existentes antes del surgimiento de Internet, como el telégrafo, el teléfono o la televisión operaban sobre redes centralizadas, cerradas y con un mínimo nivel de interactividad entre el receptor y el emisor de la información. Internet, a diferencia de los sistemas antes mencionados, surgió como una red abierta y descentralizada diseñada en función al argumento *end-to-end*. Este fue conceptualizado por primera vez en 1981 por los arquitectos de redes Jerome Saltzer, David Clark, y David P. Reed, quienes lo concibieron como un principio de diseño de redes que permite distribuir funciones dentro de un sistema de computadores y que facilita el desarrollo de protocolos y aplicaciones⁴.

El argumento *end-to-end* propone colocar la inteligencia en los extremos de la red, es decir, en los dispositivos desde los cuales se accede

a esta. La idea es que estos últimos se encarguen de las tareas complejas, mientras que los dispositivos a lo largo de la red se encarguen de tareas mucho más sencillas como, por ejemplo, el simple transporte de la información⁵. Las ventajas derivadas de un diseño abierto y flexible se fueron descubriendo a medida que se desarrollaba el proyecto⁶. Dicha estructura ha fomentado la innovación y el desarrollo de nuevas aplicaciones tecnológicas, que progresivamente han ido proliferando y perfeccionando de manera libre y sin mayores restricciones. Las ventajas de una estructura neutral, como la propuesta por el argumento *end-to-end*, ha creado un entorno competitivo de innovadores que ha hecho posible que cualquier persona que cuente con una conexión a Internet y un dispositivo de acceso a ella diseñe y desarrolle nuevos programas y aplicaciones que permitan hacer un mejor uso de la red a un costo muy reducido⁷.

Por otro lado, el surgimiento de Internet ha facilitado notablemente la distribución y transferencia de contenidos en formatos digitales. Sin embargo, toda la creciente evolución tecnológica no depende únicamente de Internet, sino de las diversas tecnologías digitales nacidas en su periferia, las cuales han reducido significativamente los costos de creación de contenidos tales como el sistema de hipertexto que hace posible la existencia de los famosos *links* (sistema de hipertexto) y los *blogs*. Por

4 Ver al respecto REED, David P.; SALTZER, Jerome y CLARK, David. "End-to-end argument in system design". En: <<http://mit.edu/Saltzer/www/publications/endoend/endoend.pdf>> (visitada el 10 de febrero de 2012).

5 LESSIG, Lawrence. *The future of ideas: the fate of commons in a connected world*. Random House, New York, 2001, p. 34.

6 En definitiva, la historia parece indicar que si no tenemos certeza sobre los usos que tendrá determinada invención tecnológica resulta conveniente actuar con flexibilidad y cautela no solo en su estructura, sino también respecto de su regulación. Gaspar Ariño ha descrito dicha situación en los siguientes términos "[los] tiempos de innovación son también tiempos de incertidumbre y riesgo; tiempos de inseguridad, en los que nadie sabe muy bien adonde va y futuro. En el pasado, el desarrollo de nuevas tecnologías —el ferrocarril, la electricidad o el automóvil— transformó los modos de producción industrial y del comercio, afectó las estructuras de nuestras ciudades, a la ubicación y el diseño de nuestras casas, a la organización del trabajo". Ver ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "La banda ancha: ¿Es necesaria la regulación en los nuevos servicios?" En: BENEYTO PÉREZ, José María. *Regulación y competencia en telecomunicaciones*, p. 307.

7 Al respecto, Lessig señala tres consecuencias importantes de la arquitectura con la que se construyó Internet: i) dado que las aplicaciones (ejemplo, programas de *software*) son utilizadas en las computadoras de la periferia, cualquier individuo que desarrolle nuevas aplicaciones solo debe conectarse a la red y dejar que sus aplicaciones corran; ii) teniendo en cuenta que la red no ha sido diseñada para operar con base en una aplicación en particular, esta se encuentra abierta a la innovación; iii) el diseño reposa sobre una plataforma neutral y, dado que no es posible discriminar algunos paquetes de datos a favor de otros, la red no se encuentra diseñada para discriminar en perjuicio de la invención de cualquier innovador. LESSIG, Lawrence. Ob. cit., pp. 36 y 37.

lo tanto, la tecnología digital no se ha limitado únicamente a reducir los costos de distribución de contenidos, sino también de aquellos vinculados con su creación, de manera que hoy en día cualquier persona puede convertirse en un reputado autor o un líder de opinión desde su *laptop* o su *smartphone*. Vemos entonces en Internet una poderosa herramienta de promoción de la libre expresión humana.

Por lo tanto, podemos decir que dada la estructura de Internet, el desarrollo de la banda ancha, la aparición de nuevos dispositivos de acceso a esta y la introducción de las nuevas tecnologías digitales han debilitado y reducido significativamente la capacidad de control que tenían los autores y titulares de derechos de autor sobre sus obras. Dicho control era posible debido a dos factores: i) en un mundo analógico la reproducción y distribución de obras era compleja, costosa y de baja calidad, y, (ii) siendo ello así, el sistema legal de protección de los derechos de autor vigente guardaba sintonía con lo que ocurría en la realidad, es decir, con la capacidad de control que tenían los titulares sobre el soporte físico que contenía la obra protegida.

III. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE AUTOR POST INTERNET

El contexto tecnológico antes expuesto presentó muchos retos para el derecho de autor. Ante ello, se recurrió al planteamiento de iniciativas legales que puedan devolver el control a autores y titulares de derechos de autor sobre sus obras en Internet. A continuación describimos las iniciativas legales que surgieron luego de la aparición de Internet y que sirven de antecedentes inmediatos a los proyectos normativos que se vienen discutiendo actualmente.

1. El frente multilateral

La historia se inicia en el año 1996 cuando, en el marco de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y tras una iniciativa liderada por Estados Unidos, nacen los conocidos Tratados de Internet de la OMPI (Tratado sobre derecho de autor –WCT– y Tratado sobre interpretación o ejecución y fonogramas –WPPT–)⁸, dos tratados multilaterales en los que el objetivo era claro, generar normas que intenten combatir la denominada piratería digital. Ambos tratados fueron ratificados por el Perú en el año 2002.

Los artículos 11 del WCT y 18 del WPPT contienen disposiciones similares que –básicamente– indican que “las partes contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas”. En términos sencillos, ello implica que los Estados deberán contar con normas adecuadas que protejan, por ejemplo, al músico o titular de los derechos, que coloque un mecanismo anticopia en su obra musical, de manera que, quien trate de eludir esa medida de protección tecnológica para beneficiarse de la obra sin permiso, incurra en infracción y sea sancionado.

Estados Unidos fue el primer país en implementar los Tratados de Internet y los plasmó en lo que se conoce hoy como la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA)⁹. En dicha norma, Estados Unidos definió, yendo mucho más allá de lo establecido en dichos tratados, cómo debían ser esas medidas de protección tecnológicas (MPT) desde el ámbito legal y bajo qué excepciones deberían regularse (que no eran las del sistema de copyright tradicional, sino un nuevo régimen de excepciones)¹⁰.

8 Ver al respecto: <http://www.wipo.int/copyright/es/activities/wct_wppt/wct_wppt.html> (consultado el 10 de febrero de 2012).

9 Ver al respecto: <<http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>> (consultado el 12 de febrero de 2012).

10 La aplicación de esta normativa fue duramente cuestionada en Estados Unidos y generó mucha jurisprudencia surreal cuyo recuento se puede apreciar en el excelente documento elaborado por el Electronic Frontier Foundation titulado “Unintended consequences: twelve years under the DMCA”. La conclusión principal del informe es que estas normas han generado consecuencias no deseadas como desincentivar la innovación y afectar la libertad de expresión. El informe completo puede consultarse en <https://www.eff.org/sites/default/files/eff-unintended-consequences-12-years_0.pdf> (consultado el 15 de febrero de 2012).

Otra de las novedades de la DMCA no contemplada en los Tratados de Internet de la OMPI, fue el desarrollo de un régimen de limitación de responsabilidad para prestadores de servicios de Internet (ISP). Los ISP pueden ser desde empresas de telecomunicaciones que ofrecen el acceso a Internet hasta buscadores en línea, es decir, intermediarios entre el usuario y el contenido. La idea detrás era concebir a dichos intermediarios como *aliados* en la lucha contra las infracciones al derecho de autor en Internet para que, ante cualquier reporte de infracción, actúen con la diligencia debida y así queden liberados de responsabilidad ante cualquier alegada inacción. En ese sentido, la DMCA establece un sistema de notificación y contra notificación de acuerdo al cual, si un titular detecta que un tercero viene difundiendo alguna obra o creación suya sin su permiso (por ejemplo, una obra audiovisual de su autoría a través de Youtube) notificará al ISP, adjuntando las pruebas respectivas para el retiro. Si se cuentan con las pruebas y el ISP no tomó acción incurre en responsabilidad.

2. El frente bilateral

Pese a existir un espacio multilateral creado por los Tratados de Internet, Estados Unidos —a través de su oficina de comercio—, *United States Trade Representative* (USTR), decidió exportar el estándar establecido para limitar la responsabilidad de ISP en la DMCA a otras

jurisdicciones a través de acuerdos de promoción comercial o tratados de libre comercio¹¹ (TLC). Nuestro país firmó el TLC con Estados Unidos en abril de 2006, pero este entró en vigencia el 1 de febrero de 2009¹². A la fecha, son diecisiete países que tienen suscrito un TLC con Estados Unidos. Nuestro país ha implementado las disposiciones referidas a MPT, pero aún no aquellas referidas a la limitación de responsabilidad a ISP¹³.

En efecto, el Anexo 16.1 del Capítulo 16 del TLC Perú-Estados Unidos¹⁴ señala que el Perú puede retrasar la entrada en vigencia de ciertas disposiciones, entre las que se encuentran aquellas que regulan la limitación de responsabilidad de los ISP, pero solo por un año desde la fecha de entrada en vigencia del acuerdo. El TLC entró en vigencia el 1 de febrero de 2009, con lo cual el plazo para cumplir con dicha implementación ha vencido y a la fecha no se conocen los avances sobre el particular.

3. El frente plurilateral

3.1. *Anti Counterfeiting Trade Agreement* (ACTA)

En el año 2008, se dieron a conocer de manera extraoficial, por Internet, dado que las negociaciones se mantuvieron en absoluta confidencialidad, los primeros documentos referidos a la existencia de un nuevo acuerdo internacional denominado ACTA. Un acuerdo

11 Ver al respecto: <<http://www.ustr.gov/trade-agreements>> (consultado el 13 de febrero de 2012).

12 Ver al respecto: <<http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/peru-tpa>> (consultado el 13 de febrero de 2012).

13 Consideramos que no era necesario modificar nuestra norma y adoptar el modelo regulatorio estadounidense según lo exigido en el TLC. El Decreto Legislativo N° 822 cuenta con dos artículos (vigentes hasta el día de hoy), que cumplan en términos generales con los estándares de los Tratados Internet de la OMPI y los de la DMCA. Se trata de los artículos 38 y 39. El artículo 38 regula la facultad que tiene el titular del derecho patrimonial de “implementar, o de exigir para la reproducción o la comunicación de la obra, la incorporación de mecanismos, sistemas o dispositivos de autotutela (...) con el fin de impedir la comunicación, recepción, retransmisión, reproducción o modificación no autorizadas de la obra”. Añade la norma que es *ilícito eludir dichos mecanismos*. No solo eso, sino que el artículo 218 del Código Penal fue modificado en octubre de 2008 a través de la Ley N° 29263 para considerar como delito dicha elusión. Por su parte, el artículo 39 establece que ninguna autoridad o persona natural o jurídica podrá autorizar el uso de una obra protegida ni prestar apoyo para su uso sin contar con la aprobación previa y escrita del titular del derecho, de lo contrario será considerado responsable solidario. Esta norma resulta plenamente aplicable a ISP. La ventaja de la propuesta del artículo 39 es que permite al ISP definir el estándar de diligencia debida a fin de no incurrir en responsabilidad, el cual sería corroborado o incluso mejorado a través del desarrollo jurisprudencial, y no a través de un procedimiento privado como ocurre con la DMCA.

14 Ver al respecto: <http://www.tlcpereu-eeuu.gov.pe/downloads/documento/16_Propiedad_Intelectual_limpio.pdf> (consultado el 14 de febrero de 2012).

centrado en combatir la piratería a nivel mundial y cuya negociación fue iniciada por Australia, Canadá, la Unión Europea, Japón, Corea, México, Marruecos, Nueva Zelanda, Singapur, Suiza y Estados Unidos¹⁵. Cabe precisar que varios de los integrantes de este nuevo tratado mantienen TLC vigentes con Estados Unidos.

El ACTA es un tratado que busca contrarrestar la piratería y contrabando en el comercio internacional. La sección 5, artículo 27, del reciente texto del ACTA¹⁶ aprobado por la Unión Europea, pero aún sometido a un intenso debate en el proceso de ratificación, se titula “Observancia de derechos de propiedad intelectual en entornos digitales”. En dicha sección se establece que cada parte deberá contemplar procedimientos de observancia para la infracción de derechos de propiedad intelectual en entornos digitales y adoptar medidas eficaces para su sanción a nivel civil y penal. Por su parte, el artículo 27.4 nos dice que las partes podrán disponer que sus autoridades competentes se encuentren facultadas a ordenar a un ISP revelar expeditamente la información de cualquier usuario presuntamente infractor, siempre que el autor o titular afectado sustente debidamente su solicitud y esta se encuentre orientada a la protección de sus derechos. El artículo añade y precisa que “estos procedimientos serán implementados de forma tal que eviten la creación de obstáculos para actividades legítimas, incluido el comercio electrónico y, conforme a la legislación de cada una de las partes, que preserven los principios fundamentales tales como libertad de expresión, procesos justos y privacidad”, lo cual es positivo.

Por otro lado, el artículo 27.5 dispone que “cada parte otorgará protección legal adecuada y medidas legales efectivas contra la elusión de medidas tecnológicas efectivas”. Finalmente, el artículo 23.4, referido a los delitos, establece que cada parte “se asegurará de

que su legislación contemple responsabilidad penal por ayudar e incitar”, lo cual genera cierta preocupación por la vaguedad del lenguaje. En buena cuenta, el ACTA propone implementar las MPT contenidas en los Tratados de Internet de la OMPI, descritas anteriormente en el punto III.1. Por otro lado, propone medidas expeditivas para revelar la identidad de presuntos infractores de propiedad intelectual, las cuales, entendemos, deberían ajustarse a criterios de debido proceso.

En nuestra opinión, disposiciones equivalentes a la propuesta por ACTA se encuentran contempladas en nuestro ordenamiento jurídico a través del TLC con Estados Unidos. Asimismo, nuestra ley de derecho de autor, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 822, contempla en su artículo 39 la responsabilidad solidaria para aquellas personas naturales o jurídicas que contribuyan o presten apoyo para la infracción de derechos de autor.

3.2. *Trans Pacific Partnership Agreement (TPPA)*

El TPPA sigue un curso similar a ACTA. Se trata de un acuerdo internacional de naturaleza comercial promovido por Estados Unidos¹⁷ y negociado de manera confidencial entre países miembros de alianza comercial Asia - Pacífico (APEC), es decir: Australia, Brunei, Chile, Malasia, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam. Si bien el acuerdo inicial data del año 2006, fue en el año 2010 en que adquiere relevancia ante la integración de nuevos Estados a las negociaciones, lo cual amplía los alcances del acuerdo. El único texto del TPPA disponible en Internet es la versión no oficial publicada por la organización Knowledge Economy International (KEI) en febrero de 2011¹⁸.

De acuerdo al artículo 16 de dicha versión, titulado *Special measures relating to enforcement in the digital environment*, el TPPA estaría contemplando un marco normativo que

15 Ver al respecto: <<http://www.ustr.gov/acta>> (consultado el 14 de febrero de 2012).

16 Ver el texto completo del acuerdo en: <<http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/11/st12/st12196.es11.pdf>> (consultado el 15 de febrero de 2012).

17 Ver al respecto: <<http://www.ustr.gov/tpp>> (consultado el 15 de febrero de 2012).

18 Ver al respecto: <<http://keionline.org/node/1091>>.

regule la responsabilidad de los ISP, exigiendo a los Estados parte el establecimiento de procedimientos efectivos contra cualquier infracción al derecho de autor, sancionando la inacción del ISP a nivel civil y penal. Asimismo, el TPPA buscaría establecer un régimen de limitación de responsabilidad para los ISP por la infracción de derechos de autor llevada a cabo en sus redes sobre contenidos que ellos no controlen, inicien o dirijan. Asimismo, los ISP se beneficiarían de dicha limitación de responsabilidad si implementan una política que permita la terminación del servicio a aquellos infractores reincidentes e incluso el bloqueo del acceso al contenido.

El centro de interés de presuntas infracciones de derechos de autor y del referido régimen de limitación de responsabilidad propuesto por el TPPA, serían las siguientes actividades en línea: i) la transmisión, enrutamiento o provisión de conexiones a material protegido sin modificación de sus contenido, ii) almacenamiento temporal automático (*caching*), iii) almacenamiento permanente (*hosting*) y iv) vinculación de sitios en Internet (*linking*).

Asimismo, los ISP se beneficiarían de dicha limitación de responsabilidad si implementan una política que permita la terminación del servicio a aquellos infractores reincidentes e incluso el bloqueo del acceso al contenido. La idea detrás de estas disposiciones busca el apoyo forzoso de los ISP en el combate contra la denominada piratería digital a través del otorgamiento de *incentivos legales*, sin establecer precisiones respecto a garantizar la libertad de expresión, privacidad y debido proceso.

Por otro lado, el TPPA plantea la implementación de MPT y propone establecer el plazo de duración del derecho de autor en la vida del autor, más setenta años, es decir, veinte años más que el establecido en el Convenio de Berna. Cabe precisar que el plazo propuesto por el TPPA ya se encuentra contemplado en la ley peruana de derechos de autor. Nuevamente,

nos encontramos con una versión reforzada de los Tratados Internet y de la DMCA, cuya estructura básica se encuentra contemplada en el TLC Perú-Estados Unidos.

4. Siguiente parada: SOPA, PIPA y OPEN

Stop Online Piracy Act (SOPA)¹⁹ y *Protect Intellectual Property Act* (PIPA)²⁰, son proyectos de ley que fueron presentados en la Cámara de Representantes (cámara baja) y la Cámara de Senadores (cámara alta) del Congreso de los Estados Unidos de América el 26 de octubre y el 12 de mayo de 2011, respectivamente. Las diferencias entre ambos proyectos normativos son sutiles y, salvo por la extensión de SOPA respecto de PIPA, no existe unanimidad entre los expertos respecto de cuál de los dos proyectos de ley es más represivo en su afán por combatir la piratería en línea. En nuestra opinión, tanto SOPA como PIPA son proyectos normativos que conciben a la propiedad intelectual desde un enfoque puro de observancia, sin detenerse en el régimen de excepciones propio del sistema de *copyright* en el que se gesta.

En síntesis, SOPA y PIPA establecen un proceso sumarísimo (que no evalúa el fondo de la controversia), a través del cual no solo las partes afectadas, sino el fiscal general de los Estados Unidos puede intervenir de oficio y ordenar a los ISP, a los motores de búsqueda, a los anunciantes del sitio presuntamente infractor, a los proveedores de servicios de pago de ese *sitio web* (por ejemplo, Visa o Mastercard) bloquear el acceso a este. Dichas medidas incluyen a dominios ubicados fuera de territorio estadounidense. PIPA, incluso, contempla la posibilidad de incurrir en infracción por colocar enlaces a páginas con contenidos no autorizados. Adicionalmente, ambos proyectos de ley promueven el ejercicio de acciones voluntarias por parte de los ISP, a fin de lograr la tan deseada inmunidad o limitación de responsabilidad, lo que, sin duda, genera un incentivo perverso que puede terminar en la censura de contenidos lícitos a cargo de privados.

19 El texto completo de SOPA puede ser consultado en: <<http://www.opencongress.org/bill/112-h3261/>>.

20 El texto completo de PIPA puede ser consultado en: <<http://www.opencongress.org/bill/112-s968/>>.

Si bien, tanto PIPA²¹ como SOPA²², fueron suspendidas tras la ola de protestas desatadas por usuarios de Internet y entidades privadas como Twitter, Facebook, Wikipedia y Google, argumentando posibles infracciones a la privacidad, debido proceso y libertad de expresión; lo cierto es que constituyen el nuevo estándar en discusión con relación a la manera de regular los derechos de autor en Internet, discusión que sin duda se intensificará. Quizás dos de los puntos más controversiales de ambas normas sean i) generar incentivos para que sean las entidades privadas las que determinen la licitud o ilicitud de un contenido, lo cual podría afectar el debido proceso, y, ii) la potencial afectación a la libertad de expresión a través de la censura de contenidos lícitos, *segmentando* su acceso en Internet. Es importante anotar que, respecto del tema de libertad de expresión, tanto la Organización de Estados Americanos (OEA)²³ como la Organización de Naciones Unidas (ONU)²⁴ han exhortado el respeto a la libertad de expresión en el desarrollo de iniciativas legislativas orientadas a regular Internet.

Desde el punto de vista técnico, según lo manifestado por expertos en seguridad informática de la *Association for Computer Machinery* de Estados Unidos (USACM), SOPA y PIPA pueden tener efectos nocivos sobre el sistema de nombres de dominio (DNS) que rige el Internet, siendo inefectivos en la búsqueda de sus objetivos. En efecto, el bloqueo de sitios web propuesto por SOPA y PIPA va a generar mecanismos alternativos de acceso que pueden poner en riesgo los protocolos de seguridad del DNS, alterando el regular funcionamiento de la red²⁵.

En ese polémico contexto, los senadores Wyden (Partido Demócrata) e Issa (Partido Republicano) han propuesto una alternativa a ambas, la *Online Protection and Enforcement of Digital Trade Act* (OPEN Act)²⁶. OPEN propone que la *United States International Trade Commission* (ITC), agencia federal que brinda apoyo a los poderes Ejecutivo y Legislativo en materia de comercio internacional, el impacto del contrabando y otras prácticas desleales (y no el Departamento de Justicia), sea quien conduzca las investigaciones necesarias, caso por caso, sin disposiciones de bloqueo de contenidos. Quienes proponen OPEN argumentan que la lucha contra la piratería digital debe ser conducida por un equipo especializado y con experiencia en la materia. La iniciativa es apoyada por empresas como Facebook y Google, duros críticos de SOPA y PIPA.

Buena parte del presente artículo versa sobre el análisis de leyes internacionales. En ese contexto, usted, atento lector, podrá preguntarse acerca de cuáles serían los efectos de la aprobación de las leyes y proyectos de ley antes reseñados en el Perú. Al respecto, debemos indicar que en un contexto global y dado la naturaleza igualmente global de Internet, su problemática debió, desde un inicio, ser abordada a través del consenso internacional multilateral. Si bien existen intentos como los que hemos descrito a lo largo del presente artículo, los estándares de protección de los derechos de autor en entornos digitales más importantes han provenido, por lo general, de iniciativas locales tales como la DMCA y los proyectos SOPA, PIPA y OPEN, las cuales han sido importadas por otras jurisdicciones a través de acuerdos bilaterales y, más recientemente, plurilaterales.

21 Ver al respecto: <http://www.nytimes.com/2012/01/21/technology/senate-postpones-piracy-vote.html?_r=1> (consultado el 12 de febrero de 2012).

22 Ver al respecto: <<http://thehill.com/blogs/hillicon-valley/technology/205345-gop-chairman-postpones-piracy-legislation>> (consultado el 15 de febrero de 2012).

23 Ver al respecto: <<http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=848&IID=1>>.

24 Ver al respecto: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf> (consultado el 15 de febrero de 2012).

25 Ver al respecto el documento completo en: <<http://usacm.acm.org/images/documents/DNSDNSSEC.pdf>> (consultado el 15 de febrero de 2012).

26 Ver al respecto: <<http://keepthewebopen.com/>> (consultado el 15 de febrero de 2012).

Como hemos indicado líneas atrás, nuestro país aún no ha implementado el capítulo del TLC referido a la responsabilidad de ISP en Internet. Siendo Estados Unidos el principal promotor de este tipo de acuerdos, orientados a proteger a sus industrias creativas tradicionales, es muy probable que si se logran aprobar SOPA, PIPA o el TPPA, ello influirá en la implementación del TLC en la parte que replica la DMCA.

CONCLUSIONES

- Si bien la institución del derecho de autor es sana, consideramos que existe una errónea visión, al pretender que la solución de los retos que impone el desarrollo tecnológico a dicha institución deban ser resueltos con abundante, robusta y superpuesta regulación, que genere un desbalance en la ecuación compensación-acceso que mencionamos a inicios del presente artículo.
- Es necesario que existan mecanismos legales que permitan a los titulares de derechos de autor hacerlos efectivos, ya que no podemos negar que existe mucha infracción a estos en la red. Sin embargo, cualquier propuesta normativa que intente regularlos debe considerar el respeto a la libertad de expresión, la privacidad, el debido proceso y el régimen de limitaciones y excepciones vigentes en materia de derechos de autor.
- Las leyes deben abrir paso a las propuestas de empresarios creativos con nuevos modelos de negocio y alternativas de compensación que se ajusten a nuevos patrones de consumo. Es ahí desde donde deben nacer las soluciones y no únicamente a través de las leyes. La regulación puede terminar siendo muy costosa e ineficiente, más aún si esta se aleja cada vez más de la realidad, como ocurre en el presente caso. El Derecho debe adecuarse a la realidad y no al revés.
- La fórmula Internet-derechos de autor *no es incompatible*; sin embargo, hay mucho más en Internet en su dinámica y funcionamiento, que solo propiedad intelectual. Eso hay que tenerlo en cuenta al momento de promover nuevas regulaciones sobre derechos de autor. Tal como hemos descrito en párrafos precedentes, la estructura y diseño de Internet también ha generado una significativa innovación, la cual es necesario preservar.
- Las recientes protestas causadas por SOPA, PIPA y la ratificación del ACTA en Europa, muestran que las políticas internacionales de derechos de autor promovidas por algunos países han dejado de ser del interés único de los Estados y la industria tradicional, para incorporar a dos actores importantes que deben ser tomados en cuenta: los nuevos intermediarios digitales y la sociedad civil organizada a nivel mundial. Internet es un fenómeno global y su regulación debe seguir el mismo curso.

