

Implementación de los Puertos Seguros en la Legislación Nacional

Luis Alberto Torres Torres.¹

Sumario: Palabras Clave. Resumen. 1. Introducción, 2. El papel de las Tecnologías de información en la economía digital, 3. Retos de las industrias creativas ante las tecnologías de la información: transferencia de valor, 4. Propiedad intelectual y la tutela de derechos de creadores en Internet, 5. Puertos Seguros: Aviso y Retirada, 6. Puertos Seguros: antecedentes y necesidad, 7. Adopción de nuevas normativas en México. Conclusiones Bibliografía.

Palabras Clave: Internet. Tecnologías de la Información. Puertos Seguros. Economía Digital. Derechos de Autor y de Propiedad Intelectual.

Resumen.

A partir de la revolución tecnológica generada por los avances de los últimos años, principalmente de Internet, se ha permitido que todos estemos a un clic de distancia de cualquier creación artística y/o recreativa, permitiendo acceder, replicar y comunicar de manera fácil y rápida cualquier obra o creación artística sin reparo o dificultades que antaño limitaban la difusión de estas creaciones.

El dinamismo e inmediatez para acceder a las creaciones y obras también incrementa la posibilidad y la violación de los derechos de los autores y creadores, calidad con la que todos contamos de manera potencial, de manera inherente a la virtud humana, la protección a los derechos de creadores y autores en el ámbito digital se torna.

¹ Abogado especialista en industrias creativas y Derechos de Autor; Director Jurídico de la CANACINE, Abogado de derechos de autor en TMI abogados; asesor en PI del “Cuarto de Junto” de las negociaciones T-MEC, asesor en diversas iniciativas de reforma a la Ley Federal de Derechos de Autor. Maestro en Derecho de las TIC en INFOTEC, Copyright Program por Harvard Law School Center for Internet and Society, especialista en comercio exterior, obteniendo el grado de especialista en Propiedad Intelectual, y Licenciado en Derecho por la UNAM.

La necesidad de proteger los derechos de cada persona en su calidad creadora ha explorado distintos caminos a fin de proteger de manera eficaz los derechos de los creadores en el ámbito digital.

Actualmente, la protección de los autores y creadores se ha atendido en diversas jurisdicciones mediante los denominados “puertos seguros”, incentivos creados a partir de las limitaciones de responsabilidad con la finalidad de proteger de una manera equilibrada los derechos de autor y de los usuarios y de los proveedores de servicio de internet en el ámbito digital. Es por ello que la legislación nacional ha implementado estas regulaciones, como un paso acertado en la protección de derechos de autores y creadores en el ámbito digital, permitiendo la coexistencia de derechos de creadores, autores, usuarios e intermediarios en Internet.

1. Introducción:

Este artículo pretende abordar las bondades que las tecnologías de la información, como Internet, suponen para aquellos autores y creadores dentro del ciberespacio. La posibilidad para cada autor y creador para que sus obras y creaciones sean accesibles, perceptibles, disfrutadas y difundidas a cualquier interesado respecto de alguna obra.

Las posibilidades e implicaciones que suponen los cambios tecnológicos y los cambios de la cuarta revolución industrial para los autores respecto de sus obras y la difusión de estas, los cambios para los propios usuarios y espectadores de las creaciones de los autores, así como la relevancia para las industrias creativas, los cambios en sus modelos de negocios, y la relevancia de este sector de la economía dentro de las naciones.

Asimismo, los peligros que esta facilidad en la replicabilidad y difusión de creaciones suponen para cada creador, desde las afectaciones de tipo económico y la generación de dividendos necesarios para los autores y creadores, así como sus derechos fundamentales de cada persona en su calidad de autor.

A su vez, las implicaciones y peligros que supone para las industrias culturales y creativas que se ven afectadas por las maneras de difusión que permiten las tecnologías de información y la transferencia de valor que ocurre en estos procesos de comunicación de las obras en el ámbito digital, y los modelos de tecnología que parasitan la generación de valor de autores y creadores.

Finalmente, la manera en que el derecho a abordado dicha problemática, específicamente respecto de los incentivos creados para aquellos intermediarios de la red o proveedores de servicios en línea, incentivos denominados como “*Safe Harbors*” o Puertos seguros, así como su objetivo para salvaguardar el equilibrio entre usuarios, creadores y proveedores de servicios en línea.

2. El papel de las Tecnologías de información en la economía digital.

La tecnología siempre ha propiciado evolución en la organización de la sociedad, economía, y hábitos de las personas, desde la máquina de vapor hasta las tecnologías de la información, los avances tecnológicos destruyen nuestro entorno y nuestras actividades cotidianas para poder crear nuevas y creativas formas de organizarnos, la destrucción creativa de Schumpeter es algo tangible en esta era de cambios dinámicos.

Nuestra manera de organización económica y social ha sufrido cambios, en un principio, debido al abaratamiento en la producción de bienes, y su colocación en el mercado, como resultado de ello la expansión de mercados globales aun cuando las industrias se agruparon y desarrollaron de manera local.

La aparición de tecnologías de la información, como Internet “permitió, la eliminación de barreras tradicionales, la posibilidad de realizar tareas complicadas desde cualquier lado del mundo se abrió y con ello una nueva globalización”² basada no solo en el flujo de bienes sino también en el de intangibles e ideas, en donde la infraestructura física ya no tiene la relevancia que solía tener, sino más bien las ventajas comparativas surgidas de la nueva globalización.

Por otro lado, “la conversión de objetos analógicos a bienes digitales (digitalización) permite la reingeniería de todas las actividades económicas en tanto que la reproductibilidad de los bienes y servicios permiten costos marginales cercanos a cero, creando valor y externalidades positivas para todos”.³

El informe rendido por la OMC sobre comercio mundial de 2018 rescata los cambios en el comportamiento comercial mundial derivados de la evolución de las

² Baldwin, Richard, “The great convergence: information technology and new globalization”, Harvard University Press, Massachusetts, 2017.

³ López-Portillo Romano, José Ramón, “La gran transición: retos y oportunidades del cambio tecnológico exponencial”, FCE, México. 2018. PP. 119-121.

Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs), al declarar que “La digitalización ha dado lugar a una reducción del comercio de productos digitalizables (por ejemplo, discos compactos, libros y periódicos), que pasó del 2,7% del comercio total de mercancías en 2000 al 0,8% en 2016. Lo probable es que la tendencia continúe con la llegada de la tecnología de impresión 3D.”⁴

La convergencia entre la fácil reproductibilidad de los bienes de información y las TICs facilita el intercambio de oferentes y demandantes de contenido, y permite que los creadores prescindan de aquellas figuras tradicionales y necesarias como las disqueras, editoras, distribuidores y exhibidores que no alcanzaban a cubrir la difusión de aquellas expresiones que se generaban a cada momento en distintas partes del mundo.

Estos cambios indudablemente han tenido repercusión en la generación, distribución y modelo de negocios de los artistas y creadores que comercializan y encuentran un modo de vivir con sus obras o contenidos, es tangible en el cambio de hábitos en el consumo de este tipo de bienes; a manera de ejemplo, el informe mundial de la Federación Internacional de la Industria Fonográfica (IFPI) reporta que “el ingreso más significativo para la industria musical proviene del “*streaming*” vía Internet, mismo que significa 63.3% de los ingresos totales de la industria”.⁵

A fin de dimensionar el acceso a Internet, para 2019 se estimaba que “el 53.6 % de la población global contara con acceso a Internet y 77% de la población de América también contarán con dicho servicio”⁶, a su vez “80.6 millones de mexicanos acceden a internet, de los cuales 90% accede con fines de entretenimiento, 80.5 % accede a obras audiovisuales, 47 % acceden a obras impresas y medios digitales”.⁷

La economía mundial se beneficia de dicho desarrollo, en tanto que los creadores de obras y contenido, que hemos expuesto anteriormente, ven ampliado su mercado y las audiencias a las que les es posible llegar.

⁴ Informe de OMC sobre comercio exterior mundial de 2018, El futuro del comercio mundial: cómo las tecnologías digitales están transformando el comercio mundial https://www.wto.org/spanish/res_s/publications_s/wtr18_0_s.pdf

⁵ IFPI, Global music report: the industry in 2019. Consúltese en: [https://www.ifpi.org/wp-content/uploads/2020/07/Global Music Report-the Industry in 2019-en.pdf](https://www.ifpi.org/wp-content/uploads/2020/07/Global-Music-Report-the-Industry-in-2019-en.pdf)

⁶ consúltese en: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/stat/default.aspx>

⁷ Consúltese la Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH) 2019 en referencia con los usuarios de internet y sus principales usos, puede encontrarse en <https://www.inegi.org.mx/programas/dutih/2019/default.html#Tabulados>

El comercio de servicios creativos “crece 70 % más rápido que el comercio de bienes tangibles gracias a Internet, los creadores ya no encuentran límites geográficos para el nicho de audiencia que requiere su obra o expresión”⁸, un ejemplo de ello es “la tendencia a la baja del uso de digitalizables mientras que plataformas digitales aumentan su base de suscriptores, incluso la manera en que aquellos artistas mexicanos han encontrado eco y posibilidad de encontrar audiencias en plataformas digitales”⁹ y algunos otros han consolidado su carrera en las mismas.

Las ideas y la creatividad son base para “la economía naranja, economía de la creatividad, un sector creciente y fundamental en el mundo, tan solo en 2005 la economía naranja represento el 6.5 % del PIB de la economía mundial de acuerdo con el BID, en cuanto que en México represento 7.4 del PIB nacional, tomando en cuenta aquellas obras que figuran en la Ley Federal de Derechos de Autor”.¹⁰

3. Retos de las industrias creativas ante las tecnologías de la información: transferencia de valor.

Las tecnologías de información y comunicación, como toda herramienta, es inerte y depende del manejo que los usuarios hagan de ella, no todo han sido bondades, el Internet y la fácil reproductibilidad de estos bienes y servicios ha hecho que las afectaciones por el uso ilegal sean también exponenciales.

Algunos de los efectos nocivos del uso de Internet, es la proliferación de plataformas que hacen uso ilegal de las obras o creaciones, sin autorización de los autores o titulares de derechos ni al amparo de usos legítimos de la ley, no necesariamente hablamos de aquellas plataformas que se asocian directamente con el uso de obras de manera ilegítima sino aquellas plataformas donde usuarios suben obras y creaciones, mismas que no necesariamente son legítimamente utilizadas.

⁸ Buitrago Restrepo, Felipe, “Economía Naranja: una oportunidad infinita”, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C. 2013. PP. 18 y 181.

⁹ De acuerdo con el Anuario estadístico del cine mexicano 2018 del Instituto Mexicano de Cinematografía, De aquellas películas mexicanas que no han encontrado un estreno en sala tradicional desde 2010 hasta a 2018, el 68 % se encuentra en FilminLatino, plataforma digital mexicana para cine. Cosúltese en: <http://www.imcine.gob.mx/wp-content/uploads/2019/06/Anuario-2018.pdf>

¹⁰ Ramírez Tamayo, Zacarías, “¿Por qué en México despreciamos el poder de las industrias creativas?”, Forbes, 5 de mayo de 2017. Consúltese en: <https://www.forbes.com.mx/la-cultura-riqueza-mal-vista/>

Lo anterior supone la transferencia de valor desde los creadores y autores de esas obras y creaciones protegidas por los derechos de autor hacia aquellas plataformas que generan ganancias por el uso de creaciones sobre las cuales no han ejercido esfuerzo creativo alguna.

La transferencia de valor que ocurre de dichas creaciones, desde el creador hacia las plataformas digitales que se convierten en tecnologías parasitarias. Como ejemplo:

Los ingresos generados por 272 millones de usuarios en Spotify suman \$5,569 millones de dólares de ganancia hacia los creadores, en tanto que el ingreso de plataformas gratuitas como YouTube con 1,300 millones de usuarios solamente llegan a los creadores 856 millones. Una disparidad desproporcionada, pues aun cuando existe más del quíntuple de usuarios de contenido de los creativos en estas plataformas los ingresos generados no suman ni siquiera el 15% de los ingresos para los creadores de otras plataformas que si recompensan a los creadores de contenido.¹¹

Aunado a lo anterior, “la fácil reproductibilidad de las obras y bienes de información permiten que sea puesta en circulación por medios digitales de manera ilegal, tan solo en México, del 73 % de personas que cuentan con *WiFi* más de la mitad considera que la descarga y uso ilegal de contenidos ilegales es un derecho”.¹²

La transferencia de valor hacia plataformas digitales, así como aquella pérdida generada por la adquisición de productos ilícitos o “piratería” dañan las ganancias generadas por los creativos y artistas que encuentran una manera, no solo de subsistir, sino de expresarse en las maneras y términos que decidan.

Como hemos explicado al comienzo de este artículo:

La innovación crea nuevas oportunidades, destruye los procesos y mecanismos establecidos para crear nuevas maneras más eficientes, este tipo de destrucción creativa no se percibe en el aprovechamiento parasitario de las tecnologías que no abonan en la creación de nuevos medios e innovaciones, como es el caso de aquellas maneras que simplemente restan valor a las creaciones de autores y creadores para generarse valor sin retribuir ningún beneficio a cambio, puesto que rompen el nexo que hasta ese momento era necesario entre el uso de alguna obra y su retribución,

¹¹ Global Music Report 2017: Annual State Of The Industry, Rewarding creativity: fixing the value gap, IFPI. 2017. Consúltese en: https://valuethemusic.com/wp-content/themes/vtm/assets/pdfs/IFPI%20Report%202017_24-27_2.pdf

¹² Encuesta nacional sobre hábitos de consumo de piratería: resultados cuantitativos, Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, diciembre de 2019. Consúltese en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/538431/Encuesta_Nacional_RESULTADOS_CUANTITATIVOS_2019_compressed.pdf

como puede ser el caso de algún sitio que pone a disposición del público una obra en la cual no ha contribuido, pero de la cual si recibe dividendos y ganancias.¹³

Es decir, en aquellos casos en los que los medios o tecnologías no son habilitadores de nuevos medios que permitan hacer más eficiente un proceso no estamos ante tecnologías que sigan el principio de destrucción creativa, sino ante la destrucción de algún medio o proceso sin que como resultado exista alguna innovación. A manera de guisa, los medios y páginas en los cuales se pone a disposición las obras y creaciones de terceros no encuentran ninguna innovación tecnológica, ni para la difusión de información (ej. los nuevos tipos de archivos no fueron creados por estos sitios) ni para la difusión y modelos de negocio de los artistas y creativos, puesto que ya disponen de sus propios medios de difusión, puesto que no se creó o descubrió la difusión de contenidos por internet a través de estos sistemas parasíticos, aunque si obligaron a adoptar esta nueva tecnología no fueron ellos quienes hicieran alguna contribución creativa, puesto que Internet ya existía con esos motivos.

En este sentido, la tecnología y sus avances generalmente tienen bondades y desventajas, pero permiten la innovación y mejora, por lo cual deben afrontarse las desventajas como una oportunidad o reto, esto se ha conocido como destrucción creativa o Schumpeteriana, en tanto que no existe ningún beneficio de algunas tecnologías, como la explicada anteriormente, entonces son tecnologías parasitarias que simplemente infringen daño a la innovación y procesos ya establecidos.

Una de las maneras en las que se puede establecer el equilibrio para aquellos creadores que ven afectados sus intereses y beneficios, así como a los usuarios que desean acceder a las expresiones culturales que se difunden en línea es mediante la propiedad intelectual, y su observancia en el ámbito digital.

4. Propiedad intelectual y la tutela de derechos de creadores en Internet.

Una de las mejores maneras de contrarrestar los efectos negativos derivados del mal uso de las nuevas tecnologías, y permitir una mejor generación de ingresos para creadores y autores, así como el respeto a sus expresiones y derechos, es reconocer los derechos de propiedad intelectual y contar con medidas efectivas en contra de su violación a fin de

¹³ CFR. Liebowitz, Stan J., "Parasitic Technologies and Non-Creative Destruction" IP Central, marzo 2006, Reisman, David A, Schumpeter's Market: Enterprise and Evolution, Edward Elgar, EUA. P. 57, Schumpeter, Joseph, A. "Capitalismo, Socialismo Y Democracia", Página Indomita, Barcelona, 2015. P 165.

permitir a los creadores disponer de sus obras y contenidos, así como de los frutos derivados de ellas para su subsistencia y disponer sus expresiones en la manera que ellos quieran.

A final de cuentas, las obras y creaciones que un autor realiza, prescindiendo del ámbito material, en esencia contienen las expresiones y vínculo entre el autor o creador con su audiencia, con la sociedad que lo rodea, los medios que ocupa para transmitir su creación, esa es la misma relación causante y creadora de las prerrogativas que ahora denominamos Derecho de Autor teleológicamente se determina como “la protección que otorga a la obra creada y la tutela que hace del autor”¹⁴.

Delia Lipszyc ha descrito al derecho de autor como “la rama del derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan individualidad, resultantes de su actividad intelectual y que habitualmente son enunciadas como obras literarias, musicales, teatrales, artísticas, científicas y audiovisuales”¹⁵

Se debe entender al derecho de autor no solo como un derecho relacionado con el autor y la obra, sino también con el mensaje y la carga cultural que tiene dicha obra para con quien interprete o reciba la obra, por tanto, aquellas prerrogativas sobre la manera y términos cobran relevancia para el autor, y la obra pues muchas veces “el medio es el mensaje”¹⁶.

Entonces, el derecho de autor nos permite saber que una parte crítica para el derecho de autor es la actividad creadora de los autores y las facultades que de estos derivan, es decir es el derecho que se tiene para incentivar la actividad creativa mediante la gestión propia de las facultades derivadas de sus obras, así como de sus intereses o beneficios para permitirse seguir creando, permitiendo a la sociedad ser beneficiaria de esta creación, como ente receptor de arte y cultura.

Esta preocupación se puede reflejar en la definición de Paul Goldsmith:

El derecho de autor, en una palabra, es sobre autoría. El derecho de Autor refiere a mantener las condiciones de creatividad que permiten al individuo crear de la nada con una intensa y extenuante labor una “*appalachian spring*”, un “*sun also rises*” o un “ciudadano Kane”. El derecho de Autor es tanto por las paginas eliminadas de un texto o las escenas eliminadas de un cuarto de edición como de la obra terminada, el corte final, que alcanza al público del autor. El derecho de Autor y la autoría solo

¹⁴ Loredo Hill, Adolfo, El nuevo derecho autoral mexicano, Fondo de Cultura económica. México. 2000. P.87

¹⁵ Lipszyc Delia, Derechos de autor y derechos conexos, CERLALC, 2017, posición 1752 tema 1.1

¹⁶ Frase acuñada por el autor canadiense Marshall McLuhan.

son una parte del acto de creación, si la creación lo fuera todo para la autoría, el derecho de autor podría cómodamente dejar que el autor escribiera apartado en su desván el derecho de autor en una interpretación contemporánea no implica solamente a un autor, sino también a su audiencia, no son solo palabras escritas sino los individuos a quienes les habla [el autor]¹⁷

La propiedad intelectual, entonces, permite el multiculturalismo y permear mensajes de los creadores en sus audiencias, siempre que estos puedan permitírselo, siempre que puedan disponer de sus creaciones y sus beneficios, siempre que puedan disponer la manera y medios en los que se difundirá su mensaje.

Adicionalmente, permite que las industrias creativas prosperen mediante la disposición de aquellas ganancias generadas y a su vez permitan los beneficios en la economía, aun así, como hemos visto en la sección anterior de este artículo, existen tecnologías que no permiten al autor remunerarse de sus creaciones, y peor aún no permiten disponer la manera en que su expresión será difundida, ni en que medio.

Es por ello que la propiedad intelectual, en específico el derecho de autor, en la nueva globalización cuentan con un papel fundamental para multiplicar las ventajas comparativas que pueden dimanar de dichas creaciones frente a las nuevas tendencias de globalización y las tecnologías que han cambiado el panorama global.

Ahora “se requiere proteger los derechos de autor, y la propiedad intelectual como intangibles a fin de adentrarse con mejores condiciones en el mercado global”¹⁸, a fin de mejorar las condiciones de los autores locales debe entonces encontrarse en un plano de equidad en la protección de sus derechos, permitiendo la protección de los derechos de propiedad intelectual de una manera actualizada a las nuevas tendencias y tecnología.

Además, permite contrarrestar el riesgo que suponen las tecnologías parasitarias, como ha descrito la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. En pocas palabras:

¹⁷ Traducción libre del autor del siguiente texto “*Copyright, in a word, is about authorship. Copyright is about sustaining the conditions of creativity that enable an individual to craft out of thin air, and intense, devouring labor, an Appalachian Spring, a Sun Also Rises, a Citizen Kane. Copyright is as much about the pages of deleted text, the scenes that lie on the cutting room floor, as it is about the refined work, the final cut, that ultimately reaches the author's public. But copyright-and authorship-are only in part about the act of creation. If creation is all there was to authorship, copyright could comfortably leave the author scribbling alone in his far-off garret. Authorship in its contemporary sense implies not just an author, but an audience; not just words spoken, but individuals spoken to.*” Goldstein, Paul, “Copyright”, 55, *Law and Contemporary Problems*. PP. 79-92 (primavera 1992). Consúltese en: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol155/iss2/4>

¹⁸ Informe de OMC sobre comercio exterior mundial de 2018, El futuro del comercio mundial: cómo las tecnologías digitales están transformando el comercio mundial https://www.wto.org/spanish/res_s/publications_s/wtr18_0_s.pdf

“La actividad parasitaria de la piratería determina la no-percepción de derechos para los autores, artistas, productores, evasión fiscal, pérdida de puestos de trabajo directo e indirecto que brindan los diversos sectores y la consiguiente afectación de valores éticos y culturales que se traducen en la falta de respeto a quienes dedican su vida a la producción de bienes”¹⁹

En este sentido es claro que la regulación debe adecuarse a la tecnología, y debe permitir la armoniosa interrelación de los creadores y sus derechos con aquellos derechos de los usuarios en Internet, es por ello que la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) comenzó a explorar estos derroteros desde 1993 organizando un simposio internacional en Harvard con motivo exclusivo del tema, cuyos trabajos preparatorios culminaron en la conferencia de Ginebra en 1996, donde se adoptaron los tratados de OMPI de internet, esfuerzos que se han visto replicados por diversos Estados y figuras específicas como lo son los Puertos Seguros a proveedores de Servicios en Línea.

5. Puertos Seguros: Aviso y Retirada

Los puertos seguros son “simplemente el reconocimiento de la calidad de intermediarios para los Proveedores de Servicios de Internet, es decir aquellas entidades que permiten el acceso a internet a través de sus sistemas”²⁰, los cuales en la legislación nacional encuentran las sub-definiciones siguientes: Proveedores de Servicios de Acceso y Proveedores de Servicios de Internet, a continuación la definición otorgada por la Ley Federal del Derecho de Autor:

Proveedor de Acceso a Internet:

Aquella persona que transmite, enruta o suministra conexiones para comunicaciones digitales en línea, sin modificación de contenido, entre los puntos especificados por un usuario, del material seleccionado por el usuario, o que realiza el almacenamiento intermedio y transitorio de ese material hecho de forma automática en el curso de la

¹⁹ OMPI, XI curso académico regional OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina: “el derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital”, 3 de noviembre de 2005. Paraguay. Consúltese en: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_6.pdf

²⁰ Definición de *Internet Service Provider* provista por *Legal Information Institute, Cornell*. Consúltese en: [https://www.law.cornell.edu/wex/internet_service_provider_\(isp\)](https://www.law.cornell.edu/wex/internet_service_provider_(isp))

transmisión, enrutamiento o suministro de conexiones para comunicaciones digitales en línea.

Proveedor de Servicios en Línea:

Proveedor de Servicios en Línea es aquella persona que realiza alguna de las siguientes funciones:

- a) Almacenamiento temporal llevado a cabo mediante un proceso automático;
- b) Almacenamiento, a petición de un usuario, del material que se aloje en un sistema o red controlado u operado por o para un Proveedor de Servicios de Internet, o
- c) Direccionamiento o vinculación a usuarios a un sitio en línea mediante el uso de herramientas de búsqueda de información, incluyendo hipervínculos y directorios.²¹

Ambos pueden ser denominados de manera genérica como Proveedores de Servicios de Internet.

En consecuencia, los puertos seguros permiten a los Proveedores de Servicios en Línea contar con un régimen de excepción para responsabilidad derivada de sus actividades y las actividades que puedan llevar a cabo terceros en sus sistemas o redes.

El puerto seguro o régimen de excepción es un beneficio para aquellos que permiten el sistema de cooperación armónica entre aquellos creadores o autores que consideren que los derechos sobre sus obras o creaciones han sido vulnerados por algún usuario al poner a disposición del público sus obras o creaciones de manera ilegítima mediante una plataforma facilitada por el Proveedor de Servicios en Línea.

Este sistema permite que el autor, creador o titular de derechos sobre la obra avise al usuario y al Proveedor de Servicios de Internet (ej. YouTube, Facebook, Instagram, Google) que se considera que su creación u obra está siendo utilizada ilegítimamente y, presuntamente, se están trasgrediendo sus derechos sobre la misma, este es el denominado procedimiento de “aviso y retirada”.

Es importante destacar que quien solicita el retiro debe cumplir con los requerimientos otorgados por la Ley. en principio un formato en el que señale y exprese ser titular de los derechos emanados de alguna obra o creación, Por otra parte, si la persona que subió aquella obra o creación solicita mediante un contraaviso que el contenido se

²¹ Definiciones tomadas de la Ley Federal del Derecho de Autor, artículo 114 septies.

reinstaura por considerar que tiene derecho suficiente, sea por estar otorgado por el autor, el titular o por la Ley, en cuyo caso el Proveedor de Servicios en Línea tiene la obligación de reinstaurar este.

El Proveedor de Servicios en Línea se encontrará exento de responsabilidad por infracciones realizadas en sus sistemas o redes, es decir, dentro de los puertos seguros cuando:

- I. remuevan de manera eficaz y expedita los contenidos protegidos previo aviso de titular;
- II. tomen medidas razonables para evitar reincidencias;
- III. cuenten con una política que prevea la eliminación de cuentas de infractores reincidentes;
- IV. incluyan y no interfieran con medidas tecnológicas de protección estándar, es decir que se desarrollan a través de un proceso abierto y voluntario por un amplio consenso de titulares de derecho de autor y proveedores de servicios; además, tratándose de proveedores de servicios en línea de vinculación y almacenamiento, no recibir un beneficio financiero atribuible a la conducta infractora.²²

La explicación referida anteriormente, sin duda ha sido superficial puesto que el estudio de los puertos seguros requiere de mayor amplitud y profundidad, además, actualmente es una figura se encuentra en exploración y construcción dentro de la legislación y praxis nacional.

6. Puertos Seguros: antecedentes y necesidad

Como hemos observado, existen plataformas y medios que transfieren el valor que ha generado un tercero para sí, las cuales hemos denominado tecnologías parasitarias. De la misma manera, hemos explicado que los cambios tecnológicos, generalmente, suponen la destrucción de los medios y modelos de negocio para optimizarlos y mejorarlos.

Entonces, debemos explorar la manera de aprovechar al máximo los beneficios que nos ofrece la tecnología, para que los autores rompan fronteras para sus expresiones, conectar audiencias con sus creadores de manera eficiente, y de remunerar a los mismos sin necesidad de intermediarios tradicionales.

²² CFR. Ley Federal del Derecho de Autor, artículos 114 septies, y 114 octies, TMEC artículos 20.88 y 20.89

Es por lo anterior que el reconocimiento al derecho de autor y su protección en el ámbito digital nos ofrece un camino para que la tecnología nos permita avanzar y mejorar los sistemas y modelos de negocio que tienen las industrias creativas, mediante incentivos a aquellos intermediarios que permiten la sana distribución de beneficios entre los creadores, usuarios y Proveedores de Servicios en Línea.

Las limitaciones de responsabilidad que se han creado para los Proveedores de Servicios en Línea justamente ofrecen la posibilidad de mejora y transformación creativa, a fin de distinguir y fomentar a aquellas plataformas que permiten generar valor para todos y elimina el panorama de suma cero. Si tomamos en cuenta los principios democratizadores y de libre flujo de la información que deben respetarse dentro de Internet, entonces el desarrollo cultural, tecnológico e innovación encuentran beneficios y eficiencias para todos.

En este sentido, dentro de los Proveedores de Servicios en Línea no necesariamente puede diferenciarse entre aquellos que coexisten legítimamente con los autores, creadores y sus derechos con aquellos que no. En el proceso para hacer que cualquier obra o creación, o cualquier contenido sea difundido en Internet, “se requiere necesariamente de algún Proveedor de Servicios en Línea, sea que su difusión por parte de algún tercero sea legítima o no, esto expone a estos intermediarios al riesgo de infracciones y responsabilidad directa e indirecta, en otras legislaciones entendidas como infracciones por responsabilidades directa y vicaria”²³, mientras que la doctrina de responsabilidad civil de corte nacional también se “ha entendido y aceptado como responsabilidad civil por obras de terceros”²⁴ o “culpa in vigilando”²⁵.

Lo anterior, supone un riesgo inminente para aquellos que proveen e intermedian los servicios de acceso a redes de información, los denominados Proveedores de Servicios de Internet.

²³ Randolph Beard, T, Safe harbors and the evolution of online platform markets: an economic analysis, *Cardoso Arts and entertainment Law Journal*, Mayo 2018. P.310.

²⁴ Borja Soriano, Manuel, “Teoría General de las Obligaciones”, Ed. Porrúa, Ed. 21, México, 2009. p.360.

²⁵ La jurisprudencia nacional ha determinado anteriormente y en diversos casos la culpa in vigilando o culpa por hechos de terceros. Cfr. “Responsabilidad ambiental derivada del derrame de hidrocarburos por tomas clandestinas. A Petróleos Mexicanos puede atribuírsele, además de una objetiva, la solidaria especial que establece la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos”, 10ª, TCC. Tesis: I.18o.A.77 A (10ª), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 56, Julio de 2018, Tomo II. Pág 1597. “Daño moral atribuido a las permisionarias del servicio público de autotransporte terrestre, por culpa in vigilando”, 10ª, TCC. Tesis: I.4o.C.61 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 52, marzo de 2018, Tomo IV, Pag. 3353

El riesgo de los intermediarios en Internet, que probablemente al momento de surgimiento de esta tecnología se veía lejano, puesto que el uso de esta tecnología en sus inicios era para comunicación de mensajes que no necesariamente contenían obras o expresiones creativas y protegidas, aun así, la evolución del uso de Internet incorporo servicios, y se gestaron también riesgos de responsabilidad para aquellos terceros proveedores de servicios de Internet que permiten el flujo de obras y creaciones, sobre las cuales no existe certidumbre sobre la licitud de su puesta a disposición en Internet.

En visa de lo anterior, se debía proveer de legislación que brindara certidumbre a los Proveedores de Servicios en Línea y permitiera su crecimiento e innovación. En este contexto debían de brindarse excepciones de responsabilidad bajo ciertos supuestos, dichas excepciones fueron denominadas como “*safe harbors*” o puertos seguros, que en un principio pueden rastrearse a la legislación de Estados Unidos desde octubre de 1994, a raíz de la decisión del caso “*Stratton Oakmont V Prodigy inc.*”. En el caso mencionado anteriormente, se responsabilizó a Prodigy por proveer contenido que otro proveedor de información le hacía llegar al público en general.

Este caso en particular se decidió que el proveedor de servicios de Internet ejercía un poder de decisión editorial, es decir “un poder de decisión sobre la información que difundían y la que no, toda vez que, dicho proveedor caracterizado por ser amigable con todos los miembros de la familia, filtraba contenido generado por sus usuarios motivo por el cual fue encontrado como directamente responsable por difamación al demandante (*Stratton Oakmont*), tesis que a su vez podría encontrar sustento en los tribunales nacionales”.²⁶

Aun cuando esta esta refería a opiniones y contenido en general, el principio de intermediarios en una plataforma de Internet puede ser aplicable a la difusión de obras y creaciones protegidas por el derecho de autor.

Toda vez que el uso de estos procedimientos de filtrado son necesarios para mantener un ecosistema digital sano y saludable para todos sus usuarios, la legislación

²⁶ Daño moral. Responsabilidad de empresas editoriales, por afectación a la vida privada, al honor y a la propia imagen. 10ª, TCC, Tesis: I.4o.C.71 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 65, abril de 2019, Tomo III, Pág. 2005. Daño moral. Supuesto en el que pueden ser responsables las personas que se dediquen a la edición, venta, difusión y distribución de medios impresos, 10ª, 1ª sala, Tesis: 1a. CLXXII/2012 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XI, agosto de 2012, Tomo 1, Pág. 480.

estadounidense denominada *Communications Decency Act* dos años después fue reformada en la casa de representantes de los Estados Unidos de América con la finalidad de revertir la decisión judicial para lograr motivar a los proveedores de servicios de internet y su filtrado cuando se enfrentaran a información difundida que pudiese ser cuestionable legalmente, puesto que es imposible entender este tipo de filtrados motivados solamente por alguna autoridad u orden judicial.

Dicha reforma les permitía un puerto seguro o excepción contemplada para aquellos intermediarios que pudiesen crear algún riesgo de responsabilidad derivado de sus actividades, de ahí la reforma de la que hablamos se encuentra en la sección 230 de la *Communications Decency Act*, del diario de debates y comunicación de la casa de representantes de EUA se rescata lo siguiente:

The House amendment protects from civil liability those providers and users of interactive computer services for actions to restrict or to enable restriction of access to objectionable online material. Conference agreement The conference agreement adopts the House provision with minor modifications as a new section 230 of the Communications Act. This section provides “Good Samaritan” protections from civil liability for providers or users of an interactive computer service for actions to restrict or to enable restriction of access to objectionable online material. One of the specific purposes of this section is to overrule Stratton-Oakmont v. Prodigy and any other similar decisions which have treated such providers and users as publishers or speakers of content that is not their own because they have restricted access to objectionable material. The conferees believe that such decisions create serious obstacles to the important federal policy of empowering parents to determine the content of communications their children receive through interactive computer services.²⁷

Dichos cambios a fin de incluir los procedimientos de filtrado han sido una piedra angular en desarrollo de innovación y certidumbre para los proveedores de servicios de Internet y de contenido, incluso aquellas plataformas de contenido compartido por usuarios, toda vez que “permite a los mismos ofrecer un ecosistema seguro, sin ser considerado como responsable por el filtrado de contenidos infractores, o por las infracciones que pudiesen generarse en sus sistemas incluso la EFF”²⁸ ha declarado estos procedimientos como “la

²⁷ House of Representatives, Report 104-230, congress 104th 2 sessions, febrero de 1996, EUA. P. 194.

²⁸ Electronic Frontier Foundation, asociación dedicada a la libertad de expresión en Internet.

herramienta más importante en Internet para proteger la innovación y la libertad de expresión”.²⁹

Aprovechando el impulso y cabildeo que en el momento político se encontraba, dos años después se enmendó con la *Digital Millenium Copyright Act* en la cual se habilitó de un espacio de tolerancia para los proveedores de servicios de internet, esta vez para las obras u objetos protegidos por el derecho de autor.

Y unos años más tarde fue adoptado por la directiva europea de comercio electrónico en el año 2000, estandarizando las obligaciones y posibles riesgos de la industria de Proveedores de Servicios de Internet.

Por lo tanto, “la posibilidad de exclusión de responsabilidad para aquellos proveedores o intermediarios que alojen creaciones u obras protegidas por derecho de autor dentro de sus redes o sistemas, como lo dispone la LFDA en su artículo 114 *octies*, sección II”³⁰, no es un procedimiento desconocido para los cibernautas localizados en México, o cualquier parte del mundo, en el entendido que el surgimiento e historia de Internet ha situado a los Proveedores de Servicios de Internet en las jurisdicciones que aplican estas normativas, tomando en cuenta la estructura y naturaleza global de Internet es que se ha permeado este sistema de manera consuetudinaria en todos los países, como podrá recordar

²⁹ CDA 230 the most important law protecting Internet Speech, EFF. Consúltese en: <https://www.eff.org/issues/cda230>

³⁰ “**Artículo 114 Octies.**- Los Proveedores de Servicios de Internet no serán responsables por los daños y perjuicios ocasionados a los titulares de derechos de autor, derechos conexos y demás titulares de algún derecho de propiedad intelectual protegido por esta Ley, por las infracciones a derechos de autor o derechos conexos que ocurran en sus redes o sistemas en línea, siempre y cuando ellos no controlen, inicien o dirijan la conducta infractora, aunque tenga lugar a través de sistemas o redes controladas u operadas por ellos o en su representación, conforme a lo siguiente:

[...]

II. Los Proveedores de Servicios en Línea no serán responsables de las infracciones, así como de los datos, información, materiales y contenido que se encuentren almacenados o se transmitan o comuniquen a través de sus sistemas o redes controlados u operadas por ellos o en su representación, y en los casos que direccionen o vinculen a usuarios a un sitio en línea, cuando:

a) De manera expedita y eficaz, remuevan, retiren, eliminen o inhabiliten el acceso a materiales o contenidos dispuestos, habilitados o transmitidos sin el consentimiento del titular del derecho de autor o derecho conexo, y que estén alojados en sus sistemas o redes, una vez que cuente con conocimiento cierto de la existencia de una presunta infracción en cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Cuando reciba un aviso por parte del titular de los derechos de autor o derechos conexos o por alguna persona autorizada para actuar en representación del titular, en términos de la fracción III de este artículo, o
2. Cuando reciba una resolución emitida por autoridad competente que ordene el retiro, remoción, eliminación o deshabilitación del material o contenido infractor.

En ambos casos se deberán tomar medidas razonables para prevenir que el mismo contenido que se reclama infractor se vuelva a subir en el sistema o red controlado y operado por el Proveedor de Servicios de Internet posteriormente al aviso de baja o a la resolución emitida por la autoridad competente.”

el lector, estos procedimientos se encuentran vigentes en la costumbre y uso de cualquier cibernauta que haya utilizado alguna de las plataformas de Internet.

7. Adopción de nuevas normativas en México

La adecuada protección del derecho de propiedad intelectual, y un panorama de certidumbre para aquellos intermediarios necesarios en Internet permite el desarrollo de tecnologías disruptivas e innovadoras que retribuyen a los creadores y la economía global.

En este sentido, aquellas plataformas que no han tomado los procedimientos ofrecidos para acceder a los Puertos seguros y se mantienen en la ilicitud, “a diferencia de lo que puede pensarse, estas plataformas parasitarias no prosperan ante aquellas que se establecen legalmente, en tanto que se proteja adecuadamente la propiedad intelectual se genera la interacción de diversas plataformas, genera ingresos para todos los creadores, sin menoscabo del acceso y difusión de contenido y expresiones artísticas y creativas”.³¹

Por lo que es de esperarse que la legislación respecto de los Proveedores de Servicios en Línea permita la mejora del ecosistema digital en México, toda vez que permitirá adecuar la ley a las costumbres ya establecidas en el ciberespacio, además de permitir a los creadores medidas de protección a sus derechos, y certidumbre para las operaciones de los intermediarios de Internet lo anterior sin menoscabo de la pluriculturalidad y acceso a las obras y creaciones culturales por los usuarios.

La adopción de estas figuras jurídicas dentro de tratados comerciales de nueva generación, que prevén las mejores prácticas para protección de derechos, permiten a los participantes del mercado global o creadores del mundo adentrarse a las posibilidades que ofrece la tecnología para ello. Además, hegemoniza la protección de derechos y permitir la certidumbre de los creadores respecto de sus obras y creaciones en todo el mundo.

En este sentido, México ha reconocido, y se ha caracterizado por sumarse a los esfuerzos para proteger los intereses de los autores en todo ámbito, desde los tratados relativos a la propiedad intelectual en el entorno digital, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas (WPPT), denominados comúnmente como Tratados de OMPI de Internet, que

³¹ World Bank, World Development Report 2016: Digital Dividends, Washington D.C., 2016, P.221. Consúltese en: <https://www.worldbank.org/en/publication/wdr2016>

han sido firmados desde 1996 y se encuentran en vigor desde 2003. Estos tratados reflejan los esfuerzos por adecuar la normatividad a los fenómenos contemporáneos de la propiedad intelectual en Internet.

Adicionalmente, mientras se firmaban los tratados de OMPI de Internet, se gestaban en la unión europea y los Estados Unidos aquellas regulaciones que harían frente a las violaciones al derecho de autor en el ámbito digital, mediante los puertos seguros para los Proveedores de Servicios de Internet. Es decir, existía ya una gran preocupación y actividad para proteger y equilibrar los derechos de creadores y usuarios en Internet.

Aun con los esfuerzos del Estado mexicano por reconocer y proteger estos derechos, la realidad de la propiedad intelectual en el marco jurídico nacional no había encontrado resonancia respecto de los Tratados de OMPI de Internet, ni de aquellas regulaciones para proveedores de servicios de internet, mismos que no estaban claramente implementados en la jurisdicción nacional.

Ahora, el Tratado Estados Unidos, México y Canadá provee los mismos procedimientos que han funcionado en el ámbito global, y como hemos dicho, también han sido aplicados en el ámbito nacional incluso antes de la reforma a la Ley Federal del Derecho de Autor mediante prácticas aceptadas generalmente por los cibernautas y las propias compañías proveedoras de servicios de internet.

Las reformas para la implementación del recién firmado T-MEC a la Ley Federal de Derecho de Autor realizadas el 1 de julio de este año, han modernizado por completo el sistema de propiedad intelectual en México, permitiendo a todos los usuarios de la red, así como de los creadores contar con herramientas eficaces para ejercer sus derechos en el entorno digital, dotando a las industrias creativas y a todo creador de mayor certidumbre sobre sus creaciones.

Conclusiones.

La tecnología y el Internet han permitido que los creadores formen parte importante de la economía de las naciones, han roto la geografía de sus audiencias e innovado los modelos de negocios tradicionales, prescindiendo de esquemas conservadores, interconectándose con sus consumidores y audiencias sin necesidad de intermediarios, han empoderado a los creadores.

Aun así, a tecnología e Internet, como toda herramienta, no está exenta de ser utilizada con fines distintos a la creación y generación de valor, puede ser utilizada con fines parasitarios, predatorios y lascivos a las industrias creativas, a los autores y a la sociedad en general.

La problemática generada por Internet y las plataformas parasitarias no es una problemática nueva, ni resuelta, pero existen ya esfuerzos encaminados para la protección de los derechos de los creadores y la preservación de la armonía entre los derechos e intereses de la sociedad y usuarios de Internet, los creadores y los intermediarios o proveedores de servicios de Internet.

Los esfuerzos de regulación realizados desde 1996 por la OMPI, la Unión Europea o Estados Unidos han encontrado eco en las reformas realizadas para la adecuación del T-MEC, y son el resultado de la necesidad imperiosa de adecuarnos a esta ola de innovaciones, permitiendo entrar en las discusiones globales, generando posibilidades y emparejando aquello que pudiese ser una desventaja en un mundo interconectado.

Estas medidas permiten el efecto democratizador de las tecnologías al empoderar a los usuarios y creadores en el ámbito digital mediante la posibilidad de disponer los términos y maneras en que se usaran sus creaciones, mediante procedimientos de “aviso y retirada” provistos como condición para acceder a la limitación de responsabilidad provista por los “puertos seguros”, devolviendo el valor de las creaciones y obras a sus autores sin transferirse a las plataformas que hacen un uso ilegal de sus obras, reconociendo el conocido principio “la solución a la máquina es la máquina” y permitiendo que la arquitectura del ciberespacio sea respetuosa de los derechos de todos los involucrados.

En resumen, las recientes reformas se adecuan a las reglas que han estado en uso desde hace más de 20 años, para que la protección a los derechos de los creadores se encuentre a la altura de las exigencias de Internet. Simplemente nos brindan mejores herramientas para proteger las creaciones y obras en Internet, así como los derechos de creadores, usuarios e incluso de los intermediarios o proveedores de servicios en Internet.

Bibliografía.

- Anuario estadístico del cine mexicano, Instituto Mexicano de Cinematografía, 2018. México. En: <http://www.imcine.gob.mx/wp-content/uploads/2019/06/Anuario-2018.pdf>
- Baldwin, Richard, “The great convergence: information technology and new globalization”, Harvard University Press, Massachusetts, 2017.
- Borja Soriano, Manuel, “Teoría General de las Obligaciones”, Ed. Porrúa, Ed. 21, México, 2009.
- Buitrago Restrepo, Felipe, “Economía Naranja: una oportunidad infinita”, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C. 2013. Consúltese en: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol55/iss2/4>
- Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH) 2019 en referencia con los usuarios de internet y sus principales usos. En: <https://www.inegi.org.mx/programas/dutih/2019/default.html#Tabulados>
- Encuesta nacional sobre hábitos de consumo de piratería: resultados cuantitativos, Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, diciembre de 2019, México. En: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/538431/Encuesta_Nacional_RESULTADOS_CUANTITATIVOS_2019_compressed.pdf
- Global Music Report 2017: Annual State of the Industry, Rewarding creativity: fixing the value gap, IFPI. 2017. En: Goldstein, Paul, “Copyright”, 55, Law and Contemporary Problems. (primavera 1992)
- House of Representatives, Report 104-230, congress 104th 2 sessions, febrero de 1996, EUA. https://valuethemusic.com/wp-content/themes/vtm/assets/pdfs/IFPI%20Report%202017_24-27_2.pdf
- IFPI, Global music report: the industry in 2019. En: https://www.ifpi.org/wp-content/uploads/2020/07/Global_Music_Report-the_Industry_in_2019-en.pdf
- Informe de OMC sobre comercio exterior mundial de 2018, El futuro del comercio mundial: cómo las tecnologías digitales están transformando el comercio mundial https://www.wto.org/spanish/res_s/publications_s/wtr18_0_s.pdf

- Informe de OMC sobre comercio exterior mundial de 2018, El futuro del comercio mundial: cómo las tecnologías digitales están transformando el comercio mundial https://www.wto.org/spanish/res_s/publications_s/wtr18_0_s.pdf
- Liebowitz, Stan J., “Parasitic Technologies and Non-Creative Destruction” IP Central, marzo 2006.
- Lipszyc Delia, Derechos de autor y derechos conexos, CERLALC, 2017.posicion 1752 tema 1.1
- López-Portillo Romano, José Ramón, “La gran transición: retos y oportunidades del cambio tecnológico exponencial”, FCE, México. 2018.
- Loredó Hill, Adolfo, El Nuevo Derecho Autoral Mexicano, Fondo de Cultura económica. México. 2000.
- OMPI, XI curso académico regional OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina: “El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital”, 3 de noviembre de 2005.Paraguay. En: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_6.pdf
- Randolph Beard, T, Safe harbors and the evolution of online platform markets: an economic analysis, Cardoso Arts and Entertainment Law Journal, Mayo 2018.
- World Bank, World Development Report 2016: Digital Dividends, Washington D.C., 2016. En: <https://www.worldbank.org/en/publication/wdr2016>
- Reisman, David A, Schumpeter's Market: Enterprise and Evolution, Edward Elgar, EUA.
- Schumpeter, Joseph, A. “Capitalismo, Socialismo Y Democracia”, Página Indomita, Barcelona, 2015.