



**TLATEMOANI**  
Revista Académica de Investigación  
Universidad Autónoma de San Luis Potosí  
No. 15, abril 2014  
ISSN: 19899300  
revista.tlatemoani@uaslp.mx

Fecha de recepción: 9 de agosto 2014  
Fecha de aceptación: 2 de marzo 2014

## LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERNET Y EL CAMBIO DE PARADIGMA EN LA ECONOMÍA DE CONTENIDOS<sup>1</sup>

Iván Vargas-Chaves\*  
[ivargas@usal.es](mailto:ivargas@usal.es)

### RESUMEN

En las últimas dos décadas, una realidad ha puesto de frente a la industria cultural con los usuarios de Internet por el control de los contenidos, siendo los intermediarios, o proveedores de servicios de internet, quienes han marcado la

---

\* **Iván Vargas-Chaves.** Abogado egresado de la Universidad del Rosario; magíster en Derecho de la Universidad de Génova; magíster en Derecho Privado de las Universidades de Salamanca, Pública de Navarra y de Venecia Ca' Foscari. Candidato a Doctor en Derecho. Ha sido profesor e investigador invitado en universidades de España, Italia y México, fue *visiting scholar* del Institute of European and Comparative Private Law, y obtuvo los títulos propios de especialización y máster en el departamento de derecho civil e internacional privado de la Universidad de Castilla-La Mancha.

<sup>1</sup> El autor agradece las observaciones y sugerencias sobre este artículo efectuadas por Teresa Heredero-Campo, investigadora y miembro del seminario de derecho privado de la Universidad de Salamanca; así como por la oportuna revisión de Juliana Poma-Liévano (Universidad del Rosario).

pauta a través de la constante regulación de su actividad por parte de los gobiernos en el mundo, aunque principalmente gracias al aporte del derecho norteamericano en la consolidación del actual régimen de responsabilidad por infracciones al derecho de autor en Internet. En este artículo se pretende relatar este avance constante, que a su paso, ha dejado de una parte un impacto positivo con nuevos modelos de negocio y oportunidades, y de la otra parte, un escenario de pérdidas en aquellos modelos que no fueron capaces de reinventarse, y de lograr dar el salto definitivo: de los átomos a los bits.

**PALABRAS CLAVE:** CDA, Derecho de Autor, DMCA, Economía de Contenidos Digitales, Infracciones, Internet, Proveedores de Servicios de Internet, Responsabilidad de los ISP.

## **ABSTRACT**

In the past two decades, a reality dictated by a struggle for content controls has become a battlefield between the cultural industry and the Internet users. The intermediaries (Internet Service Providers), had also become in main protagonists through the regulation of its activity by the governments in the world, but mainly thanks to the contribution of american law experience, in the consolidation of the current system of liability for copyright infringements on the Internet. This article pretends to describe this evolution and simultaneously explain how some business models couldn't survive, and how other business models achieved fast growth rates through the conversion from atoms to bits.

**KEY WORDS:** CDA, Copyright, Digital Economy, DMCA, Economía de Contenidos, Infringements, Internet, Internet Service Provider, ISP Liability.

Con un valor aproximado de cinco mil millones de Euros, el Observatorio de Piratería y Hábitos de Consumo de Contenidos Digitales estimó en el informe<sup>2</sup> de un estudio realizado en el año 2011, las pérdidas de la industria cultural en

---

<sup>2</sup> Disponible para consulta pública en la página del Observatorio de Piratería y Hábitos de Consumo de Contenidos Digitales, en URL: <http://www.adese.es/pdf/Observatoriodepirateria.pdf>  
Fecha de Consulta: 09 de septiembre de 2012.

España por infracciones sobre contenidos digitales, esto es, “casi cuatro veces el valor del consumo legal, sobre una industria que generó un volumen de negocio de 1.538,1 millones en ese mismo periodo”<sup>3</sup>. Se trata, en todo caso, de una realidad aplicable a cualquier país. Y es que ante el cierre de la plataforma de gestión de archivos Megaupload en enero de 2012, se esperaban cambios en la forma habitual en cómo eran distribuidos los contenidos en Internet, muchos incluso se atrevieron a vaticinar el fin de plataformas similares, redes P2P o de servicios estandarizados como *Youtube* o *Spotify*.

Pero fue cuestión de semanas luego de acontecido el cierre, para que GARROTE, y otro amplio sector de la doctrina autoralista española -que afirma que el tradicional derecho de autor no es la respuesta- tuviera una vez más la razón. En efecto, esta afirmación se evidencia en la atomización de plataformas similares, las cuales ahora le implican a los gobiernos estructurar cada vez más elaboradas estrategias de rastreo de presuntos infractores, mientras que aquellos -también- tradicionales modelos de negocio, tales como tiendas de alquiler de vídeos, librerías o negocios de venta de discos han optado por cerrar indefinidamente, ello sin dejar a un lado la caída vertiginosa de la afluencia a los cinemas.

De hecho aunque toda esta problemática pueda justificarse como un efecto razonable de la actual crisis económica, lo cierto es que las capturas por delitos de piratería de contenidos han aumentado proporcionalmente al cierre de este tipo de establecimientos. Cabe recordar que una de las primeras propuestas para contrarrestar la piratería fue la implementación de sistemas de filtrado -al mejor estilo del Gran Hermano de ORWELL (1984)- como solución inmediata, sin embargo fue descartada por la vulneración que representaba a las garantías y derechos fundamentales de los usuarios.

---

<sup>3</sup> *Ibidem*. p. 2, estudio, que además señala que “de las cuatro industrias analizadas aquella en la que la piratería ha tenido un mayor impacto ha sido la industria de las películas en volumen de negocio (73,9%) y el de la música en términos de tasa de piratería (98,2%) La siguiente industria más afectada durante el periodo ha sido el sector del videojuego con un ratio de piratería online del 61,7%. (...) por último, la industria del libro se encuentra cada vez más cerca de las anteriores con un ratio de piratería de un 49,3% que no ha hecho más que subir en los últimos semestres”

Aunque hace unos años el tema fue de nuevo abordado<sup>4</sup> por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de antemano podemos afirmar que esta tendencia proteccionista se ha tratado de mantener en la medida que tanto el control, como la identificación y posterior bloqueo de contenidos deben siempre respetar -según este Tribunal- un justo equilibrio entre la propiedad intelectual, la libertad de empresa, la protección de datos y la libertad de recibir o comunicar informaciones.

Por su parte, los proveedores de servicios de Internet, en su calidad de intermediarios no deben ser ajenos a todo ello, pues como controladores del flujo de información, son los responsables de casi todo lo que circula en la red.<sup>5</sup> Esto se entiende en la medida en la cual en nuestra sociedad de la información, encontremos elementos tan diversos como únicos, siendo una construcción teórica que enmarca simultáneamente al capitalismo con la democracia constitucional<sup>6</sup>, en un escenario de hedonismo moral<sup>7</sup>. Trípode que se ha construido muy a pesar de los problemas que traen consigo las nuevas tecnologías, y que por momentos pareciesen romper el equilibrio existente, o por lo menos así ocurriría en los estados de liberalismo utilitario y liberalismo contractual<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Cfr. TJUE Sentencia de 24 de noviembre de 2011, asunto C-70/2010.

<sup>5</sup> Particularmente lo son aquellos que mediante la utilización de programas peer-to-peer, han reflejado el mayor oleaje de contenidos afectados por la piratería desde que a finales de la década de los noventa se destapara la realidad con Napster, aun cuando para ese entonces ya existiesen redes de distribución ilegal de archivos como Usenet, Hotline e IRC. Para una descripción preliminar de la problemática de las redes P2P en el ámbito musical, véase Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, L td. 545 U.S. 913 (2005), y también, A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (2001)

<sup>6</sup> Sobre el fundamento de la democracia constitucional en el principio participación. Véase RAWLS, John (1971). *A theory of Justice*. Boston: Harvard University Press, pág. 222, quien en nuestro concepto la comparte como eje cardinal de toda sociedad, y que para nuestro efecto, es la sociedad de la información.

<sup>7</sup> Cfr. NADAL SANCHEZ, Helena (2011). *Sin neutralidad en la red: ¿Dónde la lógica universal de la innovación?*, en: *Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet*. Actas del VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 11-12 de julio de 2011. pág. 100.

<sup>8</sup> En una tesis de democracia liberal NADAL trae a colación a CAMINAL quien sostiene que “el objetivo del Estado democrático en este paradigma era, o bien proteger derechos de la persona

Así, pues, es de entender que el impacto que supone Internet en el derecho de autor y los derechos conexos, e inclusive en el régimen marcario, ha sido considerable tanto en el ámbito político como social, y desde luego en el ámbito jurídico, justamente por el desafío existente en el diagnóstico y tratamiento de los nuevos comportamientos que no alcanzan a amoldarse a los modelos tradicionales de explotación económica de derechos de autor. Por otra parte, y desde una óptica económica, Internet ha alterado los clásicos modelos de explotación diseñados por la industria cultural, exigiéndoles la introducción de nuevas estrategias que atienden al paradigma druckeriano de la innovación en la perdurabilidad empresarial.<sup>9</sup>

Esto nos recuerda que inclusive en nuevos escenarios, los modelos propuestos han de regirse bajo principios económicos capitalistas, que entre otras pretensiones, buscan que los ingresos provenientes por acceder a Internet se regulen por leyes del mercado, revirtiendo así a la red de redes en una mera propiedad, o lo que es lo mismo, en una mercancía soportada en la relación jurídico-negocial de compra-venta.

Es entonces cuando ingresa a esta dinámica un participante activo, el proveedor de servicios de Internet, o ISP, quien pasará a desempeñar un papel fundamental en la evolución de un régimen naciente de responsabilidad, gracias al fuerte incentivo que recibe de la sociedad por permitirle la transmisión interactiva de bienes inmateriales, acumulando de esta forma un poder que pudo incluso en un inicio ser desconocido, el del control de acceso a los contenidos.

---

que se consideraban universales y consustanciales a la naturaleza humana y, en consecuencia, anteriores al Estado, e inalienables –en la versión contractualista del liberalismo–, o bien al esfera de la acción de los individuos como seres sociales libres frente a la amenaza de sus semejantes o la arbitrariedad de los gobernantes –en la versión utilitarista del liberalismo–, o bien ambas cosas al mismo tiempo”. CAMINAL Miquel (1996). *Manual de ciencia política*. Madrid: Tecnos., citado en NADAL, Helena (2011). *Sin neutralidad en la red*. Ob,Cit. pág. 101

<sup>9</sup> Véase, DRUCKER, Peter (2012). *Innovation and Entrepreneurship*. Londres: Routledge, capítulo 3

GARROTE manifiesta en este sentido, y desde un punto de vista puramente teórico que desde que los ISP descubren este poder oculto, ha dejado de existir “un regreso al principio<sup>10</sup>, es decir, a la situación que existía con anterioridad a los medios”<sup>11</sup>, y que asumimos eran de corte tradicional, a pesar de asimilar el monopolio en sí, que ello implica<sup>12</sup>.

Quizás otro aspecto que también cabe mencionar, es que los ISP empiezan a entender la noción de propiedad como derecho fundamental, siendo ésta susceptible de ser poseída, de tal forma que incluso pueden percibir que Internet es un potencial bien social<sup>13</sup>, quedando de esta manera erigido un paradigma de corte neoliberal, que para NADAL-SANCHEZ<sup>14</sup> hace trascender<sup>15</sup> la idea inicial de sociedad mercantil a una sociedad abierta.

Es por ello que antes de la entrada en vigencia de la que puede ser considerada la primera ley de responsabilidad en Internet, la *Communications Decency Act* (CDA)<sup>16</sup> en 1996, el mensaje de la jurisprudencia norteamericana era claro: aquel proveedor de servicios de Internet que no tuviera intención alguna de controlar los

---

<sup>10</sup> Según GARROTE como pretenden argumentar los derechohabientes. Véase GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio (2003). *El derecho de autor en internet.*, Ob.cit. pág. 494

<sup>11</sup> Véase *Ídem*.

<sup>12</sup> GARROTE al hacer alusión a estos medios, plantea que estos hicieron posible la copia privada y la comunicación pública de fonogramas y obras audiovisuales sujetas a un derecho de mera remuneración, constituyéndose para entonces un auténtico y absoluto monopolio del derecho al uso de una obra. Cfr. *ídem*.

<sup>13</sup> Véase NADAL SÁNCHEZ, Helena (2011). *Sin neutralidad en la red*. Ob.Cit. pág.101.

<sup>14</sup> *Ídem*.

<sup>15</sup> Si en cambio, existiese una tensión en esta etapa de transición, y esta trajera consigo desigualdades entre acceso e incentivos; y, entre proveedores de Internet y usuarios, cabría aplicar el paradigma del *difference principle* de RAWLS, que permite tal co-existencia de desigualdades en la distribución de bienes, sólo bajo un único supuesto, y es sí, y sólo sí, éstas benefician a los miembros más desfavorecidos de la sociedad. Cfr. RAWLS John (1971). *A theory of Justice*. Cit. pág. 278, quien por otra parte, al abordar el concepto de bienes inmateriales vs. control señala “*the unequal inheritance of wealth is no more inherently unjust than the unequal inheritance of intelligence*”

<sup>16</sup> En su cita original: P.L. 104-104, 110 Stat. 133

contenidos alojados en sus servidores, quedaba exento de toda responsabilidad como consecuencia de infracciones o actos ilícitos provenientes de terceros.

En efecto, la iniciativa de crear un régimen de responsabilidad ajustado a la problemática que trajo consigo Internet, se convirtió en una prioridad luego de que se produjeron dos casos que marcaron un antes y un después, es por ello que desde el seno del Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica se inicia una ardua labor legislativa materializada en la DMCA, considerada como la primera columna de aquella edificación que hoy por hoy conocemos como Responsabilidad en Internet. Desde entonces el mundo entero ha estado pendiente de la evolución de la experiencia norteamericana, que es sin duda alguna modelo legal y jurisprudencial en otros hemisferios, o simplemente punto de partida para replantear esquemas normativos.

Tal fue el caso de la Directiva 2000/31/CE en cuyo espíritu reposa una responsabilidad manifiesta para los ISP acerca de las infracciones a los derechos de autor sin hacer distinción alguna al tipo de contenidos, esto es, una horizontalidad replanteada en contraposición a la DMCA, que sin bien fue inspiración para la norma comunitaria europea, logra diferenciar los diferentes tipos de contenidos a través de las limitaciones a la responsabilidad o *limitations on liability relating to material on-line*.

Hasta finales del siglo pasado en Europa, las discusiones acerca de cuál debía ser el mejor camino a tomar para regular a una sociedad que poco a poco se apartaba de los átomos dando así cabida a los bytes, llevaban a dos gigantes, como lo eran el sector de las telecomunicaciones y la gran industria cultural, a posarse en lados opuestos de una balanza que presionaba a los gobiernos locales a regular una realidad, la cual a su paso dejaba tanto enormes márgenes de ganancia para el primero de los dos, como una esquelas de cadáveres traducidos en pérdidas multimillonarias y empresas en quiebra para el segundo.

Ante esta realidad, fue de hecho una vez más la experiencia norteamericana a través de la *Digital Millenium Copyright Act*, la que les dio a varios gobiernos en el mundo valiosas herramientas para establecer nuevas reglas de juego,

promoviendo de esta manera la recuperación de la industria cultural, y a la vez fomentando el crecimiento del sector de las telecomunicaciones, que quedaba además excluido de cualquier acción legal, en la medida que fuera diligente en la retirada y el bloqueo preventivo de contenidos.

En todo caso, son normas que han intentado dar respuesta a los problemas que día a día ha traído Internet, y a los nuevos escenarios generados ante las también nuevas restricciones impuestas por los gobiernos a los usuarios, quienes han evolucionado desarrollando nuevos y cada vez más complejos comportamientos.

No en vano las reglas de la experiencia se han encargado de demostrar que éste, además de ser un territorio dinámico, es siempre cambiante, y por ende las normas aún siguen sin poder generar el efecto esperado. Por lo pronto, la discusión gira en torno a iniciativas de notificación y retirada de contenidos, p.ej. la propuesta de los “tres strikes”<sup>17</sup>, que aparentemente ha tenido una buena recepción en los ciudadanos canadienses, arrojando resultados más que alentadores para la industria cultural.

## BIBLIOGRAFÍA

CAMINAL, Miquel (1996). *Manual de ciencia política*. Madrid: Tecnos; DRUCKER, Peter (2012). *Innovation and Entrepreneurship*. Londres: Routledge;

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio (2003). *El derecho de autor en internet.*, Madrid: Comares.

MARSHALL, Lee (2012). *The International Recording Industries*. Nueva York: Routledge

NADAL-SANCHEZ, Helena (2011). Sin neutralidad en la red: ¿Dónde la lógica universal de la innovación? En: *Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet: Actas del VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política*. Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 11-12 de julio de 2011

RAWLS John, (1971). *A theory of Justice*. Boston: Harvard University Press,

STAMATOUDI, Irini. (2010) *Copyright Enforcement and the Internet*. Londres: Kluwer Law International

---

<sup>17</sup> Véase, STAMATOUDI, Irini. (2010) *Copyright Enforcement and the Internet*. Londres: Kluwer Law International, pág. 40., también, en este sentido, MARSHALL, Lee (2012). *The International Recording Industries*. Nueva York: Routledge, pág. 58 y siguientes.