

# Mirar hacia el norte es mirar hacia atrás: el Impacto negativo de la DMCA. El mecanismo de notificación y retiro y las Medidas Tecnológicas de Protección

Por Carlos Cortés Castillo<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Abogado y especialista en periodismo de la Universidad de Los Andes, con maestría en Gobernanza de medios y comunicaciones del London School of Economics. Investigador del Centro de Estudios en Libertad de Expresión de la Universidad de Palermo, Argentina, y consultor de la Fundación Karisma. Asesor en temas de regulación de medios, Internet y tecnología. email@carloscortes.co.



## 1. Presentación

En los medios de comunicación y especialmente en las redes sociales venimos oyendo hablar sobre la ‘Ley Lleras’. No es una, son varias, y –según dicen– son inconvenientes para el futuro de Internet en Colombia. La primera versión fue presentada en 2011, la Corte ‘tumbó’ una, otra fuera retirada y vienen otras más. “Son para cumplir con el Tratado de Libre Comercio”, responde el gobierno. No es fácil seguir la discusión.

En efecto, son varias las versiones de la ‘Ley Lleras’ que ha discutido el Congreso (bautizadas en honor al primer impulsor, el entonces ministro del Interior Germán Vargas Lleras). Y, en efecto, se han presentado para cumplir con algunas de las obligaciones del Tratado de Libre Comercio (TLC) en materia de derecho de autor. Pero no todas las iniciativas son iguales ni se refieren al mismo punto.

El TLC incluye, entre otros, dos compromisos para extender la protección del derecho de autor al entorno digital: crear un mecanismo para retirar de Internet material supuestamente infractor y prohibir por ley que se esquiven las medidas tecnológicas que protegen dicho material. Y aunque estos compromisos cobijan por igual tanto a Estados Unidos como a Colombia, solamente este último debe hacer algo para cumplirlos, ya que ambos puntos están vigentes en una ley norteamericana y fueron incluidos en el TLC en términos muy similares. Dicha norma se conoce como el Digital Millennium Copyright Act (DMCA), fue promovida por la administración de Bill Clinton y expedida en 1998.

Basado en las disposiciones de la DMCA, el gobierno colombiano ha impulsado recientemente proyectos de ley sobre cada punto. Así, en 2011 el gobierno radicó una iniciativa que contemplaba la creación del mecanismo de retiro de contenidos.<sup>2</sup> Fue la ‘Ley Lleras’ original, que terminó siendo archivada meses después.<sup>2</sup> Más adelante, en abril de 2012, el presidente Juan Manuel Santos le solicitó al Congreso que tramitara de urgencia una ley que incluía lo relacionado con elusión de medidas tecnológicas. Sin embargo, la Corte la declaró inconstitucional por vicios de trámite, con lo cual el gobierno volvió a radicar un texto similar en el Congreso en mayo pasado.

Si bien esto indica que el tema está prácticamente en el punto de partida, ya hay varios antecedentes que preocupan a la sociedad civil. **Bajo el argumento de que los compromisos del TLC están muy claros y precisos, el**

<sup>2</sup> Sobre este proyecto, ver Cortés, C. ‘El debate pendiente en Colombia sobre la protección de derechos de autor en Internet. El caso de la ‘Ley Lleras’’. Documentos Karisma, marzo de 2013.

**gobierno ha ofrecido poca disposición para discutir e introducir modificaciones a los proyectos anteriores y en curso, los cuales –para muchas voces autorizadas– resultan inconvenientes para el país.**

Partiendo del supuesto de que el TLC no es una camisa de fuerza sino un acuerdo con una serie de obligaciones para incorporar en nuestra legislación, este documento analiza la DMCA en los dos puntos relevantes: el mecanismo de retiro de contenidos y la regulación sobre Medidas Tecnológicas de Protección. El propósito, por un lado, es mostrar que muchas de las críticas que se hacen en Colombia vienen haciéndose desde hace años en Estados Unidos, con la diferencia de que allá hay efectos concretos para observar. Y, por el otro, con la idea de que basándose en ese diagnóstico se tengan en cuenta en las discusiones en curso una serie de recomendaciones que equilibren la protección del derecho de autor y otros derechos igualmente relevantes.

Este documento está dividido en tres partes: la primera explica los antecedentes de la DMCA, una norma expedida para otro Internet y en un contexto diferente al nuestro; la segunda explica en detalle y de manera separada el sistema de retiro y la regulación sobre Medidas Tecnológicas de Protección de la DMCA, para después referirse a su impacto negativo; y para finalizar, la tercera parte propone unas recomendaciones con la idea de que se tengan en cuenta en los proyectos de ley sobre el particular.

## 2. La idea equivocada de una autopista de una sola vía

Uno de los proyectos bandera de la administración de Bill Clinton (1993-2001) fue el de la ‘Infraestructura Nacional de Información’ (conocido como NII por su nombre en inglés, National Information Infrastructure). El propósito de la NII era desarrollar una serie de políticas públicas que ayudara a integrar las redes de telecomunicaciones –públicas y privadas– con las tecnologías y dispositivos disponibles, para que los norteamericanos pudieran acceder a todo tipo de información y contenidos. La idea subyacente era impulsar la economía nacional y las exportaciones.<sup>3</sup>

De la NII salió la idea de la ‘super-autopista’ de la información. No obstante, para la década de los noventa Internet ya era una realidad. Aunque no había todavía un uso masivo y protocolo del World Wide Web apenas se estaba concibiendo en Europa, varias universidades y centros de investigación en Estados Unidos completaban casi 30 años de trabajo en una red de redes abierta y descentralizada.<sup>4</sup>

**La diferencia de visión entre una red naciente y sin fines específicos, por un lado, y una red**

**de distribución de contenidos, por el otro, era manifiesta.** Y si bien varios gobiernos norteamericanos habían apoyado el desarrollo de Internet, con la NII la administración Clinton quiso imponer una idea de ésta sin tener en cuenta cómo se estaba incorporando y cómo empezaría a usarse. “La NII fue representada como una colección de tubos esperando a ser llenada con contenidos”, afirma Jessica Litman. Esto se explica parcialmente –según Litman– porque la mayoría de quienes estaban a cargo de diseñar esa política pública no estaban familiarizados con Internet y, por lo tanto, no podían comparar el imaginario de la NII con la red que ya estaba floreciendo.<sup>5</sup>

El gobierno Clinton encargó al entonces Comisionado de Patentes Bruce Lehman la tarea de liderar la propuesta de regulación sobre información. En noviembre de 1993 Lehman hizo una audiencia pública. El objetivo era preguntarles a los principales jugadores de las industrias creativas qué necesitan a cambio de invertir en la NII. Invertir significaba básicamente ‘meter’ su material en esta super-autopista digital para que la gente lo pudiera consumir. La respuesta de ellos fue sencilla: querían un mayor control frente a los usos y transmisiones no autorizados de sus obras y con la mínima intervención posible del Estado. De lo contrario, no habría nada para el público. Éste es el origen del Digital Millennium Copyright Act. La DMCA.

Siguiendo al pie de la letra el argumento de la industria, el reporte o White Paper recomendó reformar la ley para fortalecer el derecho de los titulares de contenidos. La justificación del informe era que “todos los computadores, teléfonos, máquinas de fax, escáneres, cámaras, teclados, televisores, monitores, impresoras, ‘switches’, ‘routers’, alambres, cables, redes y satélites en el Mundo, no crearán una NII exitosa si no hay contenido. Lo que moverá la NII es el contenido que se mueva a través de ésta”.<sup>6</sup> **La NII se presentaba como un autopista de una sola vía, una extensión de la televisión por cable o los teatros de cine, donde no hay espacio para la actividad y producción de los usuarios.**

La recomendación se concretaba en dos tipos de medidas: primero, hacer responsables a los intermediarios de Internet por las infracciones a los derechos de autor cometidas por sus usuarios (por ejemplo, por la descarga de películas o canciones, sin autorización del titular). En este punto, la propuesta del White Paper era bastante radical: “No solo los individuos, sino también los proveedores de servicios de Internet y los propietarios de cualquier computador que asista en la transferencia de archivos, son y deben ser responsables por violaciones de derechos de autor, (...) más allá de si sabían o no que la propiedad intelectual de alguien estaba siendo invadida”.<sup>7</sup> Con un régimen de responsabilidad semejante la industria tendría una contraparte con bolsillos profundos para

<sup>3</sup> Este capítulo se basa en el recuento detallado de Jessica Litman en *Digital Copyright. Selected Works*, 2006. Ver también, Menell, P. ‘Envisioning Copyright Law’s Digital Future’. *New York School Law Review*. Vol. 46, 2002-2003, p. 63 – 199; von Lohmann, F. ‘Measuring the Digital Millennium Copyright Act Against the Darknet: implications for the regulation of technological protection measures’. *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, 634, 2004, p. 1-15; Barker, D. ‘Defining the Contours of the Digital Millennium Copyright Act. The Growing Body of Case Law Surrounding the DMCA’. *Berkley Technology Law Journal*, 20, L.J. 47, 2005.

<sup>4</sup> Cfr. Hakner, K.; Lyon, M. *Where Wizards Stay Up Late. The Origins of the Internet*. Touchstone, New York, 1996.

<sup>5</sup> Cfr. Op. Cit. Litman, p. 93-94.

<sup>6</sup> Information Infrastructure Task Force. ‘Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights’. 1995, p. 10-11. Traducción informal.

<sup>7</sup> Ibidem.

responder por las supuestas pérdidas económicas de la piratería en línea.

La segunda medida consistía en fortalecer el derecho de los titulares a implementar tecnologías para proteger el uso no autorizado de sus obras, conocidas como Medidas Tecnológicas de Protección (TPM) o Gestión Digital de Derechos.<sup>8</sup> El ejemplo paradigmático de TPM es la restricción que impide que un DVD sea reproducido en un dispositivo diferente al de la región que le corresponde –conocida como CSS–. Así, si uno compra una película Región 4 no podrá verla en un reproductor programado para Región 1.

El sistema de CSS para discos y reproductores DVD había sido concebido desde comienzos de la década de los noventa e introducido en 1997 en el mercado. Y como era de esperarse, poco después de creado fue eludido –o ‘hackeado’– por la misma vía tecnológica: un código informático conocido como DeCSS permitía sobrepasar la protección. Usar el DeCSS no era ilegal cuando fue creado, a pesar del intenso cabildeo de Hollywood para que el Congreso lo castigara. El White Paper acogió finalmente esa pretensión y exhortaba a que la ley prohibiera este tipo de acciones de elusión y, de paso, restringiera también la creación o venta de equipos o aplicaciones que tuvieran principalmente el propósito de eludir las TPM.<sup>9</sup>

En el plano internacional estos mismos temas venían impulsándose en la negociación de un nuevo tratado ante la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), promovido por Estados Unidos y otro grupo de países con industrias creativas poderosas.<sup>10</sup> Al final, la OMPI adoptó en 1996 un tratado de derechos de autor que, entre otros, establece la obligación de los Estados de castigar la elusión de TPM. Sin embargo, Estados Unidos no logró que se adoptara la versión radical que proponía y que finalmente sí quedó en la DMCA.<sup>11</sup>

**De cualquier forma, los proponentes de la reforma la presentaban como imperativa para cumplir con el tratado OMPI y con los objetivos del White Paper, esbozados como necesarios e incontrovertibles para impulsar la economía del país.** Y en esos mismos términos el proyecto fue rechazado por los operadores de telecomunicaciones y las empresas de Internet –ambas con un músculo político y financiero tan importante como el de las industrias creativas–.

Según Peter Menell, “proveedores de servicios en línea, como America Online (AOL) y Yahoo, advirtieron que una responsabilidad de terceros por violación de derechos de autor podría perjudicar de manera severa su industria emergente y el crecimiento de la actividad económica en Internet”.<sup>12</sup> Esta oposición de intereses comerciales abrió una ventana de oportunidad para que un grupo de representantes de bibliotecas, académicos, abogados, activistas y

asociaciones de consumidores, se sumara al rechazo. Bajo el paraguas de la Coalición Futuro Digital (Digital Future Coalition), diversos actores con intereses muy diferentes intentaron cambiar el balance de poder.

La pelea principal, sin embargo, era entre los prestadores de servicios de Internet (PSI) –compañías de telecomunicaciones en ese entonces– y las industrias creativas. Eran ellos quienes influían en el Congreso y quiénes en últimas decidirían el resultado de la ley. Después de varios meses de negociación, cerraron un trato que permitió tramitar el proyecto: los titulares de contenido aceptaron que los PSI no fueran responsables por las infracciones de derechos de autor de sus usuarios siempre y cuando no tuvieran razones para sospechar que eso estuviera sucediendo en sus redes o servicios. Y, en cuanto el propietario del material los notificara de esa posible violación, los PSI debían remover el contenido o bloquear su acceso. El titular del contenido no tendría que acreditar de manera exhaustiva la posible infracción. Una notificación sería suficiente. Los PSI, además, tendrían que suministrar la información que permitiera identificar al posible infractor.<sup>13</sup>

En el caso de las TPM, la industria del entretenimiento logró sacar adelante la versión radical de regulación propuesta por el White Paper. La Coalición Futuro Digital consideró alarmante que las medidas anti-elusión fueran incluso más lejos que el tratado de la OMPI. Una prohibición general para eludir TPM –argumentaba la coalición– le otorgaría a los titulares del derecho de autor un poder desproporcionado frente al uso de su contenido por parte de terceros; un control jamás contemplado por las leyes de copyright. En particular, haría imposible el ejercicio del ‘uso justo’ o fair use (a esto volveremos más adelante).

Al final quienes se oponían tuvieron que transarse por una serie de excepciones confusas, dispersas y limitadas a favor de las bibliotecas, para fines de administración de justicia, para analizar programas informáticos, y para evitar la recolección de información personal del usuario (a esto también volveremos más adelante). Adicionalmente, se le dio el mandato restringido a la Biblioteca del Congreso para emitir un listado de excepciones que debe revisarse cada tres años. Más allá de eso, no se incluyó ningún tipo de excepción de uso justo.

A lo largo del trámite en el Congreso, al proyecto se le colgaron cláusulas, aclaraciones, extensiones y adiciones de último minuto. El resultado fue una ley extensa –cerca de 30 mil palabras en más de 50 páginas–, contradictoria y enrevesada. Pero, sobre todo, sin visión alguna de interés público: “En cambio, lo que tenemos es lo que una variedad de diferentes actores privados pudieron obtener de cada uno en el transcurso de una negociación multipartidista de cuatro años increíblemente complicada”, explica Litman.<sup>14</sup>

<sup>8</sup> Ambas siglas se usan tomando su nombre en inglés: Technological Protection Measures y Digital Rights Management.

<sup>9</sup> Cfr. Decherney, P. *Hollywood's Copyright Wars. From Edison to the Internet*. Columbia University Press, New York, 2012.

<sup>10</sup> Cfr. Drahos, P.; Braithwaite, J. *Information Feudalism. Who Owns the Knowledge Economy*. The New Press, New York-London, 2002.

<sup>11</sup> El artículo 11 del tratado establece en términos generales que “Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley”.

<sup>12</sup> Op. Cit. Menell, p. 137. Traducción informal.

<sup>13</sup> Sobre este punto en particular, ver Litman, Op. Cit. p. 135.

<sup>14</sup> *Ibidem*, Litman, p. 145.

### 3. El impacto negativo de la DMCA

#### **a. El sistema de notificación y retiro de contenidos: censura y violación del debido proceso**

La sección 512 de la DMCA establece una serie de requisitos para que un prestador de servicios de Internet (PSI) no sea responsable legalmente por las posibles infracciones al derecho de autor cometidas por sus usuarios. Al cumplir con estos requisitos, el PSI se ubica en lo que se conoce como el ‘puerto seguro’ de la ley. En ese caso, si el titular del derecho de autor desea alguna compensación económica por la infracción, solo podrá enjuiciar al supuesto usuario infractor.

<sup>15</sup> Ver, DMCA sección 512 (d).

La DMCA reconoce cuatro categorías generales de intermediación de los PSI: i) la conducción, transmisión o enrutamiento de información, tales como los servicios de correo electrónico o de acceso a Internet; ii) el ‘caching’, que se refiere a las copias temporales necesarias para la transferencia de datos; iii) el almacenamiento, que permite a los usuarios guardar información en los servidores del PSI, y iv) la localización de información, que se refiere sobre todo a los motores de búsqueda o directorios en línea, que proveen enlaces a contenido externo.

**Resulta complicado aplicar las categorías tecnológicas de una ley de 1998 al escenario de 2013. Hoy por hoy un PSI puede ofrecer uno o varios de esos servicios, o un servicio puede ser muy similar a otro.** Por ejemplo, el sistema de mensajes en una red social se asemeja a un correo electrónico, pero a su vez la red social se puede asimilar a un sistema de almacenamiento.

La DMCA estableció esa división de tipos de PSI o de servicios para trazar algunas diferencias entre los requisitos necesarios para estar en el ‘puerto seguro’ de la ley. Para el propósito de este documento nos centraremos en las condiciones que deben cumplir los PSI que almacenan información de usuarios en redes o sistemas digitales (servicios como Facebook, YouTube o Dropbox), y aquellos que ofrecen herramientas para encontrar información (motores de búsqueda como Google o Yahoo!).

El PSI siempre debe informar a sus usuarios sobre los términos de uso del servicio en materia de derecho de autor. Específicamente, el usuario debe estar advertido de las consecuencias de usar material de terceros ilegalmente, que pueden ir desde la suspensión provisional hasta la cancelación de la cuenta. Más allá de eso, la DMCA parte de la presunción de que el PSI no conoce –ni tiene por qué conocer– sobre posibles infracciones al derecho de autor cometidas por sus usuarios.

Por ejemplo, Facebook no está en la obligación de saber si cada foto que un usuario puso en su ‘wall’ es realmente de su propiedad, ni YouTube debe responder

legalmente por el hecho de que un usuario suba a su canal un video de un artista sin autorización de éste. Así mismo, Google no debe determinar si un sitio que indexa en su motor de búsqueda contiene, por ejemplo, películas piratas. En esos términos, el intermediario no es responsable legalmente. Es decir, está en el ‘puerto seguro’. A esto se suma el requisito de que no puede estar lucrándose directamente de la actividad infractora.

Sin embargo, la presunción de ‘no sabe–no responde’ se desvirtúa rápidamente si existen “hechos o circunstancias” que indican una actividad infractora manifiesta, o si el titular del material notifica al PSI sobre la posible infracción.<sup>15</sup> A partir de ese momento el intermediario ya sabe –o tiene razones para saber– que hay una posible infracción al derecho de autor en su servicio. Y, por lo tanto, hasta tanto retire o bloquee el acceso al material, puede ser responsable legalmente. Es decir, abandona el ‘puerto seguro’.

El mecanismo para solicitar el retiro del material se conoce como ‘procedimiento de notificación y retiro’. El titular del derecho de autor envía a la persona encargada del PSI una comunicación con la siguiente información:<sup>16</sup> su identidad completa; el tipo e identificación del material supuestamente infractor y la ubicación de éste (el enlace donde se encuentra); una declaración donde manifiesta que, de buena fe, considera que hay un uso ilegal de éste, y otra declaración –esta vez juramentada– donde afirma representar legalmente al titular del contenido. El siguiente es un ejemplo de una solicitud de notificación y retiro:<sup>17</sup>

As Emerging MC de México S.A. representatives, we notify of the existence of files on your servers that violate the rights of our client ECTV Ecuatorian Public Television

a) My electronic signature as authorized person acting on behalf of the owner of the content, in this case, ECTV



Ares Rights

Carretera de Santa Creu de Calafell, 33

08830 Sant Boi del Llobregat-Barcelona

Spain

[www.ares-e.com](http://www.ares-e.com) <<http://www.ares-e.com>> <<http://www.ares-e.com>>  
<<http://www.ares-e.com>>

Tel:+34.931.76.93.55

[rafael@ares-e.com](mailto:rafael@ares-e.com)

b) Copyrighted work or other intellectual property that we are claiming to be infringed:

Parts of videos property of ECTV

c) A description of where the infringing material is located on your Site:

[http://www.bananaleaks.com/videos/RAFAEL\\_CORREA\\_TERCERA\\_PARTE.mp4](http://www.bananaleaks.com/videos/RAFAEL_CORREA_TERCERA_PARTE.mp4)

d) The name, address, telephone number and email address of the Complainant:

Referred in section "a" (Electronic Signature).

e) I have a good faith belief that the disputed use of the material or activity is not authorized by the copyright or intellectual property owner and that the information provided in the notice is accurate.

f) I swear, under penalty of perjury, that the Complainant is the copyright or intellectual property owner or is authorized to act on behalf of the copyright or intellectual property owner and that the information provided in the notice is accurate.

Should you have any further questions, please contact us at [rafael@ares-e.com](mailto:rafael@ares-e.com).

Thank for you cooperation.

Best Regards,



<sup>16</sup> La DMCA dispone que el PSI debe designar a un agente en su empresa para que reciba las notificaciones de los titulares de material y hacer pública la información para contactarlo.

<sup>17</sup> Tomado del caso de notificación y retiro del documental ‘Rafael Correa: retrato de un padre de la Patria’. Ver, ‘La DMCA como forma de censura. El caso del documental del presidente Correa’. Cortés, C., en Open Business. Disponible en: <http://openbusinesslatinamerica.org/2013/04/03/la-dmca-como-forma-de-censura-el-caso-del-documental-del-presidente-correa/> (verificado el 18 de junio de 2013).

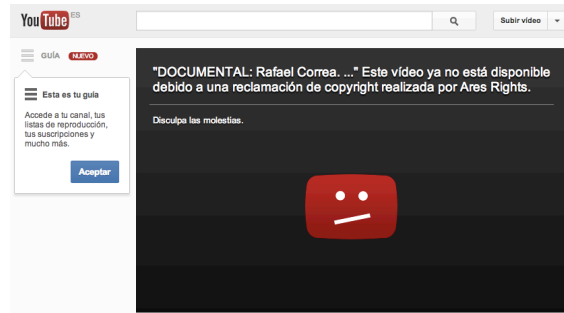
Una vez el material ha sido removido, el PSI debe llevar a cabo pasos “razonables” para notificar prontamente al usuario de lo sucedido, y si el usuario considera equivocada esa remoción, puede iniciar un proceso de contra-notificación. Ésta última debe tener los mismos requisitos generales de información de la notificación de retiro, pero con unas diferencias relevantes: por un lado, el usuario debe declarar bajo la gravedad de juramento –cuya falsedad es un delito– que considera de buena fe que el material fue retirado equivocadamente (la otra parte, recordemos, declara bajo juramento que es el representante del propietario del contenido).

Por el otro lado, el usuario afectado debe manifestar que está dispuesto a aceptar la jurisdicción de la Corte Federal del Distrito competente en Estados Unidos o, si no está domiciliado en ese país, la jurisdicción de cualquier Corte donde esté el PSI, y la notificación de cualquier demanda del titular del contenido. En otras palabras, que está dispuesto a llevar su caso ante un juez. El siguiente es un ejemplo de una contra-notificación:

```
> Dear YouTube,
>
> I have received a copyright violation notification to my account (ID:
> alejandro.torres-el@gmail.com), which is the result of a complaint made by
> a Spanish copyright protection agency called Ares Rights. Unfortunately,
> this complaint violates my freedom of speech rights, because the content
> placed is of my property. I am the owner and director of the documentary
> which was in the following YouTube address:
>
> http://www.youtube.com/watch?v=-xIMJ5-JNOA&feature=youtu.be
>
> The company, Ares Rights, is responding to a complaint made by the
> government of Ecuador, because I use images from a news report made by the
>
> governments TV channel: ECTV (Ecuador TV). Note that this is a public
> channel. The complaint is made with a political motivation to prevent the
> distribution of my documentary. I use 7 seconds of a news report made by
> this channel. That is not a copyright violation.
>
> The material referred in your notification is protected by the
> fair use criteria under U.S. copyright law. The copyrighted material is
> used for commentary and criticism purposes within the scope of news
> reporting; it is transformative in nature and it
> uses no more of the original work than necessary for the video's
> purpose. In addition, the video refers to public interest issues
> involving public officials. I urge you to refrain from removing the
> content. For all legal effects, this email should be considered
> a counter-notification in terms of the Digital Millennium Copyright Act.
>
> If the complainant disagrees that this is fair use, they are free
> to take up the matter with me directly, in the courts. You are under no
> obligation to settle this dispute, or to take any action to restrict my
> speech at the behest of this complainant.
> Furthermore, siding with the complainant in a manner that interferes
> with my lawful use of your facilities could constitute breach of
> contract on your part.
>
> I consent to the jurisdiction of the Federal District Court for the
> district in which my address is located, or if my address is outside
> of the United States, the judicial district in which YouTube is located,
> and will
> accept service of process from the claimant.
>
> I swear, under penalty of perjury, that I have a good faith belief that
> the material was removed or disabled as a result of a mistake or
> misidentification of the material to be removed or disabled.
>
> Sincerely yours
>
> Alejandro Torres Elieche
> Address: Calle 7C-1-10, Bogotá, Colombia
> Telephone: +57 313 4944949
> ID: 44234423 (UNITED STATES PASSPORT)
```

El PSI está obligado a enviarle la contra-notificación al reclamante inicial, advirtiéndole que restablecerá el material o su acceso en un término de entre 10 y 14 días hábiles.<sup>18</sup> Y a menos que en ese lapso el titular del derecho de autor le demuestre que inició una acción judicial para que un juez ordene al usuario que cese la infracción del derecho de autor, el PSI deberá restablecer el contenido. De cualquier forma, durante

esas casi tres semanas el material estará fuera de línea. Si se tratara de un video de YouTube, por ejemplo, quien entrara al enlace encontraría algo así:



### De la descripción del sistema de notificación y retiro puede colegirse su principal problema: se trata de un mecanismo desproporcionadamente desequilibrado en contra del ciudadano.

Con el único propósito de salvaguardar el interés de los titulares de contenidos, el sistema desconoce los propios alcances del derecho de autor y, peor aún, vulnera el debido proceso y la libertad de expresión de los usuarios.

La inconveniencia de esta parte de la DMCA fue advertida desde que se discutió el proyecto y hoy, 15 años después, es posible decir que los críticos tenían razón.<sup>19</sup> No hacía falta una bola de cristal. Los incentivos incluidos en la ley permiten explicar fácilmente las acciones de las partes y los efectos que tienen.

El principal interés de los titulares del derecho de autor es tener el máximo control posible sobre su contenido. Esto es, que no esté disponible en redes o servicios sin su autorización, y que no se use de una manera que les parezca perjudicial, más allá de si es legal. El mecanismo de notificación y retiro no solo les ofrece una herramienta para alcanzar ese objetivo, sino que les impone pocos costos para lograrlo.

Como se describió, la solicitud de retiro es sencilla y sin carga probatoria alguna: el titular del material solo debe declarar de buena fe que considera que existe un uso infractor. Y, sobre todo, el titular no asume ningún costo inmediato por solicitudes desproporcionadas, generales o abiertamente equivocadas.<sup>20</sup> Tanto es así, que es usual el empleo de herramientas automáticas que barren la red en busca de contenido en sitios no previstos por el propietario para después generar masivamente solicitudes de notificación y retiro.<sup>21</sup>

El PSI, por su parte, desea evitar posibles demandas civiles por infracciones al derecho de autor cometidas por sus usuarios. Es decir, tiene un incentivo grande para estar en el ‘puerto seguro’ de la ley, que requiere sobre todo remover el contenido supuestamente infractor en cuanto reciba una notificación del titular. Cada segundo que pasa desde el momento en que el PSI se entera de esa posible vulneración es un segundo más que se expone al músculo legal de los titulares de contenido.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> Es importante hacer la distinción entre un PSI que almacena información de un usuario –como Facebook o Twitter– y aquel PSI que solo enlaza a páginas de terceros –Google, en su función de motor de búsqueda–. Mientras el primero puede notificar fácilmente a uno de sus usuarios sobre la remoción de un contenido, el segundo no necesariamente conoce la identidad del afectado: al ser un motor de búsqueda, simplemente indexó la página supuestamente infractora. Una vez retirado el enlace a ese contenido, ese ISP puede encontrarse con el problema de no poseer los datos de contacto del responsable. En ese caso, habrá un resultado menos en la búsqueda sin que nadie lo sepa.

El académico Jerry Brito incluso considera que los motores de búsqueda no están obligados a notificar al usuario de que el enlace a su búsqueda se eliminó. Cfr. Brito, J. *Copyright Unbalanced*. Mercatus Center. Kindle Edition, pos. 1487.

<sup>19</sup> Cfr. Op. Cit. Litman.

<sup>20</sup> La DMCA incluye un artículo sobre ‘mala representación’, según el cual puede ser responsable civilmente quien tergiversar o falsear una notificación y solicitud de retiro. Esto requiere, por supuesto, de una acción judicial. Con el ánimo de proteger la libertad de expresión y el fair use en el derecho de autor, la Electronic Frontier Foundation demandó a Universal por hacer retirar el video de un bebé bailando una canción de Prince. El proceso completa más de cinco años. Más información en Electronic Frontier Foundation (EFF): <https://www.eff.org/cases/lenz-v-universal> (verificado el 19 de junio de 2013).

<sup>21</sup> Cfr. Cohen, Julie E. *Configuring the Networked Self: Law, Code, and the Play of Everyday Practice*. Yale University Press. Kindle Edition, 2012.

<sup>22</sup> Cfr. Ibidem.

<sup>23</sup> Tushnet, R. 'Power Without Responsibility: Intermediaries and the First Amendment'. *The George Washington Law Review*, Vol. 76, No. 4, 2008, p. 118.

<sup>24</sup> Cfr. Seltzer, W. 'Free Speech Unmoored in Copyright's Safe Harbor: Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment'. *Harvard Journal of Law and Technology*, Volume 24, Number 1, Fall 2010, Pg. 171 y ss.

<sup>25</sup> Lemley, M. 'Rationalizing Internet Safe Harbors'. *Stanford Law School Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 6, 2007, p. 114.

<sup>26</sup> Cfr. *Ibidem*.

<sup>27</sup> Cfr. *Op. Cit.* Seltzer.

<sup>28</sup> Cfr. *Op. Cit.* Seltzer, Cohen y Snow, N. 'Proving Fair Use: Burden of Proof as Burden of Speech'. *Cardozo Law Review*, Vol. 31, No. 5, pp. 1781-1822, 2010.

<sup>29</sup> Cfr. *Op. Cit.* Cohen, p. 162.

<sup>30</sup> Schauer, F. 'Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect'. *Faculty Publications*. Paper 879, 1978, p. 693. Disponible en: <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/879>, (verificado el 19 de junio de 2013).

<sup>31</sup> *Op. Cit.* Decherney, p. 228. Traducción informal.

<sup>32</sup> Cfr. 'McCain Campaign Feels DMCA Sting'. EFF. Disponible en: <https://www.eff.org/deep-links/2008/10/mccaincampaign-feels-dmca-sting> (verificado el 19 de junio de 2013).

<sup>33</sup> Cfr. 'Music publisher uses DMCA to take down Romney ad of Obama crooning'. En *ArsTechnica*, 17 de julio de 2012, disponible en: <http://arstechnica.com/tech-policy/2012/07/major-label-uses-dmca-to-take-down-romney-ad-of-obama-crooning/> (verificado el 19 de junio de 2013).

<sup>34</sup> Cfr. *Op. Cit.* 'Rafael Correa: retrato de un padre de la Patria'.

<sup>35</sup> Ver, por ejemplo, el caso *Lenz vs. Universal*. *Op. Cit.* EFF.

En esas condiciones, el PSI no tiene incentivo alguno para determinar la veracidad de las solicitudes de notificación y retiro, ni mucho menos para defender a un usuario que pueda estar usando el material bajo supuestos de uso justo o fair use.<sup>23</sup> De esta forma, dentro del conjunto de contenidos que el PSI remueve o bloquea se van, por igual, usos abiertamente ilegales de contenido, usos dudosos –zonas grises– y expresiones legítimas de los ciudadanos. En palabras de la académica Wendy Seltzer, esta estrategia indiscriminada implica tener más delfines atrapados en redes de pesca.<sup>24</sup>

**“El efecto del sistema de notificación y retiro ha sido fomentar que los intermediarios de Internet bajen cualquier contenido que protesten los titulares de derecho de autor, sin importar cuán frívola pueda ser la queja”<sup>25</sup>, afirma Mark Lemley.** O, en palabras de Rebecca Tushnet, “el proceso de notificación y retiro puede usarse para suprimir tanto discursos críticos como infracciones al derecho de autor”.

Un estudio de 2006 indicaba que el 30% de los retiros de contenido amparados en la DMCA eran, en el mejor de los casos, dudosos.<sup>26</sup> Esto se torna especialmente grave cuando la mayoría de estos procesos privados termina con el retiro del material,<sup>27</sup> toda vez que el usuario afectado no presenta una contra-notificación, bien sea porque no conoce el procedimiento o porque –precisamente por conocerlo– se siente intimidado.

Y es que mientras la DMCA incentiva los solicitudes de retiro, claramente desincentiva las contra-notificaciones y solicitudes de restablecimiento. Tener que presentar una declaración juramentada y aceptar expresamente la jurisdicción de cualquier Corte para defender una foto o un video se vuelve una acción arriesgada, reservada únicamente para usuarios expertos, abogados o activistas.

Para diversos analistas norteamericanos el mecanismo desconoce el debido proceso y la libertad de expresión.<sup>28</sup> Por un lado, al tratarse de un escenario privado sin control judicial y a instancia de una de las partes, es proclive a la arbitrariedad y la censura. Por el otro, invierte la carga de la prueba en contra del usuario. Es éste quien debe acreditar –cuando su material ya no está en línea– que su información o expresión es legal; es éste quien debe estar dispuesto a demostrar ante un juez que es inocente y actuó de buena fe.<sup>29</sup> En esas condiciones, tal vez le resulte más conveniente no decir nada para empezar. Es lo que se conoce como chilling effect o ‘efecto inhibitorio’: “Disuadidos por el temor del castigo, algunos individuos se abstienen de decir o publicar algo que legalmente podrían, y de hecho, deberían [decir].”<sup>30</sup>

**“Las demandas por infracción al derecho de autor han sido usadas como censura por la puerta de atrás desde el Siglo XVIII, y**

**la notificación y retiro de la DMCA no es la excepción”, afirma Peter Decherney.**<sup>31</sup> Abundan los ejemplos sobre este punto. Quizá el más destacado –y paradójico por tratarse de alguien que votó a favor de la ley– fue el del senador John McCain.

En 2008 durante la campaña presidencial, el entonces candidato fue objeto de varias solicitudes de remoción de contenidos. Alegando que los anuncios de la campaña tenían material de un noticiero o algún contenido de un tercero, los reclamantes pidieron que se retiraran los clips de YouTube. Por supuesto, éstos quedaron inhabilitados de inmediato. En la coyuntura de una elección, donde esas expresiones pretendían influir en el debate político actual, la campaña de McCain quedó cruzada de brazos.<sup>32</sup>

Más recientemente, fue Mitt Romney el perjudicado cuando un video de su campaña donde aparecía Obama cantando “Quedémonos juntos” –Let’s stay together, de Al Green–, que Romney quiso usar para criticar la cercanía del Presidente con grupos de ‘lobby’, fue objeto de una notificación y retiro por parte de la casa disquera BMG.<sup>33</sup>

Y un último ejemplo más cercano, cuyo material se usó en este capítulo para explicar el mecanismo: durante 2012 y 2013 los periodistas colombianos Santiago Villa y Gonzalo Guillén fueron objeto de diversas solicitudes de notificación y retiro por parte de abogados de Ecuador TV. La solicitud –hecha, entre otros servicios, a YouTube– se basaba en que un documental de los periodistas sobre el presidente Rafael Correa usaba algunas imágenes de ese noticiero. Lejos de tratarse de una reivindicación del derecho de autor, la solicitud buscaba silenciar un material periodístico adverso a los intereses del reclamante.<sup>34</sup> El documental de Villa y Guillén es, ante todo, una denuncia contra Correa.

Estos son los casos que registra la prensa y alcanzan alguna notoriedad. Sin embargo, abundan otros menos conocidos que corren la misma suerte: cantantes aficionados haciendo el ‘cover’ de su artista favorita, niños bailando una canción de la radio, artistas remezclando imágenes o humoristas satirizando a un famoso<sup>35</sup>, que terminan censurados. Silenciados por cuenta de un mecanismo que sacrifica derechos fundamentales para darle prelación a una aplicación desproporcionada e ilegal del derecho de autor.

## **b. El control desproporcionado de las TPM**

La sección 1201 de la DMCA establece una serie de prohibiciones a la elusión de las Medidas Tecnológicas de Protección (TPM). De una parte, se trata de una disposición general que afecta directamente al usuario que elude las TPM y, de otra, unas restricciones para quienes ‘ayuden’ a eludirlas.

La prohibición general consiste en que ninguna persona puede eludir –como sinónimo de descodificar, desenscriptar, esquivar, desactivar o remover– las TPM que controlan el acceso a obras protegidas. La prohibición de ‘ayuda’ consiste en que ninguna persona puede manufacturar, importar, ofrecer al público, traficar o proveer algún tipo de tecnología, producto, servicio o dispositivo que sirva principalmente para eludir las TPM que controlan el acceso a la obra o que protegen derechos del titular sobre ésta (como el de copia).

En el caso de usuarios individuales, la DMCA se centró en la prohibición de acceso. Esto es, por ejemplo, que una persona eluda las TPM que controlan una versión de demostración de un software con el propósito de tenerlo completo, o que las eluda para acceder a una tienda digital para descargar productos. En ambas situaciones, la persona no pagó por acceder a la obra y se considera ilegal que eluda la protección para hacerlo.

La DMCA, sin embargo, no prohíbe la elusión de TPM para usar una obra a la que se tiene acceso –por haberla adquirido legalmente– de manera diferente a la permitida por el dispositivo o la aplicación. Por ejemplo, que una persona eluda las TPM que impiden que un libro electrónico sea leído en otros dispositivos, o que las eluda para pasar una canción a un editor de audio. Un asunto diferente es si es legal lo que hará con ese contenido después de removerle su protección. “Una persona que lleva a cabo un uso prohibido de una obra a la que ha tenido acceso legal no cae en la órbita de ninguna provisión de la Sección 1201 [de la DMCA]”, afirma David Nimmer.<sup>36</sup> Con esa interpretación coinciden Litman y Menell.<sup>37</sup>

La norma incluye de todas formas una salvaguarda para que ciertos usos no infractores no se vean afectados por las medidas anti-elusión. La DMCA determinó que la Biblioteca del Congreso de Estados Unidos debe expedir cada tres años una lista de elusiones válidas de TPM únicamente para los propósitos que allí se enuncian. Por ejemplo, una persona puede eludir las TPM de un DVD que adquirió legalmente con el propósito de extraer apartes para crítica o comentario sin fines comerciales o con propósitos educativos. Y solo puede hacerlo si no existen alternativas razonables que no impliquen seguir ese camino.<sup>38</sup>

El hecho de que la Biblioteca del Congreso establezca una lista taxativa de elusiones permitidas podría sugerir que las demás son ilegales. Se trata de una área gris de la ley. No obstante, que no se establezca una restricción expresa de uso también se interpreta como una autorización de uso en la esfera privada del individuo que, entre otras cosas, resultaría difícil de investigar y enjuiciar.<sup>39</sup>

Y es que mientras la DMCA incentiva las solicitudes de retiro, claramente desincentiva las contra-notificaciones y solicitudes de restablecimiento. Tener que presentar una declaración juramentada y aceptar expresamente la jurisdicción de cualquier Corte para defender una foto o un video se vuelve una acción arriesgada, reservada únicamente para usuarios expertos, abogados o activistas.

De cualquier forma, al prohibir la provisión de aplicaciones o dispositivos que permitan eludir las TPM, tanto para acceso como para uso, la DMCA se encargó de que el usuario tenga pocas opciones para eludir las TPM –a menos que sea un ‘geek’ y pueda arreglárselas por su propia cuenta–. Y ese cuello de botella es una de las críticas a esta parte de la ley.

Finalmente, y como se mencionó en el primer capítulo, las medidas anti-elusión de la DMCA incluyen una lista de excepciones para cierto tipo de actividades. Entre otras, permite la elusión de TPM para que las bibliotecas públicas sin ánimo de lucro accedan sin autorización a una obra protegida con el único propósito de decidir sobre su adquisición; para actividades de inteligencia, aplicación de la ley y otras acciones gubernamentales; para ingeniería inversa, habiendo obtenido una copia legal del programa, con el único propósito de identificar los elementos necesarios para establecer la interoperabilidad con otros dispositivos o programas; para investigación en materia de encriptación, y para deshabilitar la posible recolección de información personal hecha por la TPM.<sup>40</sup>

\* \* \*

Las TPM son objeto de crítica por una razón: confieren al titular de la obra un control que desborda la racionalidad y justificación del derecho de autor. En el entorno físico “la protección jamás ha concedido al titular del derecho de autor un control completo sobre todos los usos posibles de su trabajo”, explica el académico Lawrence Lessig.<sup>41</sup> En el entorno digital, sin embargo, se vuelve posible. Como cualquier tecnología, las TPM no son neutrales, sino que responden al interés de quien las diseña.<sup>42</sup>

**Con el código informático adecuado, un usuario solo podrá hacer lo que le permite el titular, con el agravante de que esas decisiones sobre acceso y uso ya están embebidas en la arquitectura del sistema y no pueden cuestionarse. Esto implica que, en la práctica, no hay límite al plazo del copyright ni uso permitidos.** “La DMCA

<sup>36</sup> Cfr. Nimmer, D. ‘A Riff On Fair Use In The Digital Millennium Copyright Act’. *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 148, No. 3, enero de 2000, p. 689.

<sup>37</sup> Cfr. Op. Cit. Litman, p. 133; Op. Cit. Menell, p. 136.

<sup>38</sup> Cfr. Library of Congress. Copyright Office. ‘Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies’. Docket No. 2011-7, *Federal Register*, Vol. 77, No. 208, p. 65278. Disponible en: <http://www.copyright.gov/fedreg/2012/77fr65260.pdf> (verificado el 19 de junio de 2013).

<sup>39</sup> Sobre este problema en la interpretación y aplicación de la ley, ver Op. Cit. Cohen, p. 205 y ss.

<sup>40</sup> Algunos programas de TPM con conexión permanente contienen funciones de reporte al proveedor del servicio. El usuario podrá eludir el TPM cuando éste recoja su información personal.

<sup>41</sup> Lessig, L. *Code 2.0. Basic Books*, New York, 2006, p. 179. Traducción informal.

<sup>42</sup> Cfr. Feenberg, A. *Between Reason and Experience. Essays in Technology and Modernity*. The MIT Press, 2010.

<sup>43</sup> Op. Cit. Decherney, p. 211. Traducción informal.

<sup>44</sup> Cfr. Rothchild, J. 'The Social Costs Of Technological Protection Measures'. Florida State University Law Review, Vol. 34, 2007, p. 1181 - 1220.

<sup>45</sup> Cfr. Op. Cit. Cohen, Configuring The Networked Self.

<sup>46</sup> Cfr. Ibidem.

<sup>47</sup> Op. Cit. Decherney, p. 207. Traducción informal.

<sup>48</sup> Cfr. Op. Cit. von Lohmann. 'Measuring the Digital Millennium Copyright Act Against the Darknet: implications for the regulation of technological protection measures'.

<sup>49</sup> Cfr. Cohen, J. 'Pervasively Distributed Copyright Enforcement'. Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper No. 892623. The Georgetown Law Journal, Vol. 95:1, 2006, p. 2 y ss.

<sup>50</sup> Cfr. Ibidem.

<sup>51</sup> Cfr. von Lohman, F. 'Unintended Consequences: Twelve Years Under The DMCA'. Electronic Frontier Foundation, 2010.

<sup>52</sup> Cfr. Rothchild, J. 'The Social Costs Of Technological Protection Measures'. Florida State University Law Review, Vol. 34, 2007, p. 1181 - 1220.

<sup>53</sup> Cfr. Yochai Benkler. The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom, MIT Press, Kindle Edition.

<sup>54</sup> Chander, A. 'Exporting DMCA Lockouts', Cleveland State Law Review, Vol. 54, Issue 1, 2006, p. 207. Traducción informal.

ha subido dramáticamente los estándares para los individuos y las instituciones que quieren hacer copias de archivos digitales por razones que en otras circunstancias estarían protegidas por el 'uso justo', explica Decherney.<sup>43</sup> O, para ponerlo mejor, la DMCA creó una nueva capa de protección y control por encima de la esfera tradicional del derecho de autor.

Desde el punto de vista de la teoría del derecho de autor, el privilegio para explotar la obra es necesario para que el titular pueda recuperar su inversión y obtener un beneficio económico. Y aunque no es el único factor, lo estimula para embarcarse en futuras creaciones. Pero esta protección debe balancearse con los intereses públicos, tanto de tipo social como económico. La posibilidad de que terceros hagan uso de creaciones ajenas –en virtud de los plazos de protección y las excepciones– permite que se multipliquen los procesos de innovación y creación, y que de diferentes contenidos surjan nuevos usos, productos y servicios.<sup>44</sup> En conclusión, una protección ilimitada del derecho de autor es ineficiente y colectivamente indeseable.

### **El despliegue indiscriminado de TPM desequilibra ese balance. La elusión de las medidas de protección no solo sirve fines ilegales, sino que también es fundamental para alcanzar objetivos colectivamente deseables.**

<sup>45</sup> Por un lado, las TPM dificultan el uso de obras para fines distintos y novedosos –que de ninguna manera amenazan la explotación original de la obra–. Por ejemplo, las TPM sobre películas dificultan procesos de creación como parodias, remezclas o críticas periodísticas. Por el otro, sacrifican la posibilidad de que personas con menos recursos o de diversos renglones sociales accedan a los contenidos a través de mercados secundarios o instituciones sin fines de lucro. Toda vez que la TPM ata el contenido a un producto, un dispositivo o un usuario único, se elimina la posibilidad de que lleguen copias asequibles de software, libros o películas de segunda mano, en escenarios imprevistos o descartados por los dueños del contenido. Esto no afecta únicamente a ese grupo de personas, sino también a diversos sectores de la economía.<sup>46</sup>

“Toda nueva forma de protección a la copia es eventualmente derrotada, y la carrera armamentista nunca termina”, afirma Decherney.<sup>47</sup> Desde la protección incrustada en los reproductores de DVD hasta la de los archivos de música en iTunes, los sistemas de TPM han sido ‘hackeados’ casi simultáneamente a su creación. Como medidas para combatir la piratería, son un fracaso. Armados de la experticia necesaria, quienes se dedican a vender películas, videos o libros en el mercado negro encuentran la manera de sobrepasar las TPM para ofrecer su producto.<sup>48</sup> Sin embargo, las TPM sí disuaden al usuario promedio de intentar usos alternativos o novedosos con el contenido, o simplemente esa configuración –invisible para él o ella– se vuelve la nueva ‘normalidad’.<sup>49</sup>

La capacidad de las TPM de ‘gobernar’ arbitrariamente al individuo se vuelve operativa con leyes como la DMCA, que al restringir los usos permitidos y prohibir la elusión complementa convenientemente la tarea de moldear el entorno digital. **Para Julie Cohen, las TPM y la DMCA hacen parte de las estrategias que usan las industrias creativas para volver omnipresente la aplicación y exigibilidad del derecho de autor.**<sup>50</sup>

La manera concreta en que la DMCA sirve ese propósito es a través de la amenaza de litigio o del litigio como tal. Con ocasión del aniversario doce de la ley, la Electronic Frontier Foundation compiló algunos casos donde ésta fue usada en Estados Unidos con el propósito de reprimir una gran variedad de actividades, antes que con el de perseguir infracciones al derecho de autor.<sup>51</sup> A continuación se presentan algunos ejemplos:

- En 2001, el programador ruso Dmitry Sklyarov fue encarcelado durante varias semanas y retenido en Estados Unidos por cinco meses después de hablar en una conferencia en Las Vegas. Los fiscales, por solicitud del gigante Adobe Systems, acusaban a Sklyarov de haber desarrollado un software que permitía pasar libros electrónicos del formato cerrado de Adobe al estándar abierto de PDF (con lo cual el usuario podría leerlo en distintos dispositivos y programas). El episodio generó que varios científicos declararan públicamente su temor de viajar a Estados Unidos.
- En 2003, el foro en línea para usuarios de Apple Mac OSX Hints eliminó varias publicaciones de usuarios donde se explicaba cómo evadir las TPM que para ese entonces Apple usaba en la tienda de música de iTunes (poco después eliminó esa protección, pero aún las mantiene para video). Sin las TPM, un usuario podía usar los archivos musicales en dispositivos y aplicaciones diferentes a los de Apple. A pesar de que estas explicaciones estaban disponibles en varios sitios de Internet, los administradores de Mac OSX Hints temían una demanda bajo la DMCA.
- En 2005 la compañía Adobe Systems pasó de reclamante a víctima de la DMCA. Según esta empresa denunció ese año, el fabricante de cámaras Nikon había empezado a encriptar una parte de las fotos que se tomaban con su cámara. En consecuencia, los archivos no eran compatibles con Photoshop –propiedad de Adobe– u otros editores similares. Únicamente funcionaban con software autorizado por Nikon, que con esta movida intentaba mejorar su posición en ese mercado. Adobe podía eludir las TPM para lograr que la cámara Nikon y su editor fueran interoperables. Sin embargo, lo disuadía la perspectiva de una acción judicial a la luz de la DMCA. Al final ambas empresas llegaron a un



arreglo económico, lo cual no suele ser posible para jugadores más pequeños.

- La compañía de telefonía móvil prepago Tracfone ha demandado a varias empresas que ofrecen dispositivos móviles desbloqueados en el mercado. Las TPM en los teléfonos móviles evitan que los usuarios puedan cambiarse de proveedor –a pesar de haber comprado el equipo– y dificulta su uso en otros países con tarjetas SIM extranjeras. En respaldo a la posición de Tracfone, y protegiendo su modelo de negocio, la Biblioteca del Congreso recientemente excluyó el desbloqueo de teléfonos móviles (conocido en Colombia como ‘abrir las bandas’) de la lista de elusiones permitidas. Es decir, es ilegal que un usuario desbloquee su celular.

Las TPM y la regulación anti-elusión de la DMCA en particular, inhiben la libertad de expresión y la investigación científica, afectan la competencia y la innovación y ponen en riesgo las excepciones al derecho de autor. Para varios investigadores hay “evidencia creciente de que las disposiciones anti-elusión de la DMCA están infligiendo un daño colateral serio”.<sup>52</sup> El académico Yochai Benkler lo considera parte de un esfuerzo para moldear el ecosistema institucional a favor de los modelos propietarios de información, a expensas de la producción abierta y ajena al mercado.<sup>53</sup> Pero el impacto va más allá: al volver ilegal el trabajo que rodea la interoperabilidad entre sistemas, programas y dispositivos, la DMCA favorece las integraciones verticales de servicios y, por lo tanto, la formación de monopolios.<sup>54</sup>

#### 4. Por una versión mejorada de la DMCA en Colombia

El mecanismo de notificación y retiro y las medidas anti-elusión de la DMCA fueron incluidos en el Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Estados Unidos y Colombia. Esto no es fortuito. Entre investigadores y analistas está claro que “los Estados Unidos han tenido éxito en incluir en los tratados provisiones que son prácticamente un ‘cortar y pegar’ de su propia normativa interna”.<sup>55</sup> Además del caso colombiano, el TLC de ese país con Chile, Perú, Singapur y Australia, entre otros, contienen estas mismas disposiciones –con algunas variaciones–.

Desde 2011, antes incluso de que Estados Unidos ratificara el TLC con Colombia, el gobierno colombiano viene presentando al Congreso de la República varios proyectos de ley para implementar los temas atinentes al mecanismo de notificación y retiro y las TPM.<sup>56</sup> En el debate público se conocen

como ‘Ley Lleras’ en razón a que la primera iniciativa fue radicada por el entonces ministro del Interior Germán Vargas Lleras. Ese proyecto, que se centraba en el mecanismo de notificación y retiro, fue archivado en noviembre de 2011.<sup>57</sup>

#### En abril de 2012, en la coyuntura de la visita del presidente Barack Obama a Cartagena para la Cumbre de las Américas, el Congreso de la República expidió rápidamente y sin discusión alguna la Ley 1520, que en esencia implementaba las TPM en los términos previstos en la DMCA.

El presidente Juan Manuel Santos había radicado el proyecto de ley con mensaje de urgencia para alcanzar a firmarlo en presencia de

Las TPM y la regulación anti-elusión de la DMCA en particular, inhiben la libertad de expresión y la investigación científica, afectan la competencia y la innovación y ponen en riesgo las excepciones al derecho de autor. Para varios investigadores hay “evidencia creciente de que las disposiciones anti-elusión de la DMCA están infligiendo un daño colateral serio”. El académico Yochai Benkler lo considera parte de un esfuerzo para moldear el ecosistema institucional a favor de los modelos propietarios de información, a expensas de la producción abierta y ajena al mercado

Obama. Y aunque pudo tener ese gesto político, en enero de este año la Corte Constitucional declaró inexecutable la ley por errores en su trámite (o sea, la tumbó pero se abstuvo de cualquier análisis de fondo).<sup>58</sup> Por cuenta de esta decisión, en mayo pasado el gobierno presentó un proyecto de ley que retoma la mayor parte de la Ley 1520.

Diversas organizaciones de la sociedad civil, activistas de Internet y representantes de los Prestadores de Servicios de Internet han criticado estos proyectos de ley. Especialmente la primera ‘Ley Lleras’.<sup>59</sup> Muchos de estos cuestionamientos podrían hacerse indistintamente de estas iniciativas o de la propia DMCA, lo cual no es extraño teniendo en cuenta –como dijimos– que la norma estadounidense fue incluida en el TLC casi de manera literal.

Esto no significa, sin embargo, que para implementar esta parte del TLC el Congreso tenga que limitarse a un simple trámite notarial. Como ya se planteó en el documento anterior de esta serie –citando a los investigadores Barbosa y Lozano–, “un TLC establece parámetros generales con los cuales se supone que la legislación interna debe ser compatible”.<sup>60</sup> Este margen de maniobra lo recoge el propio tratado al reconocer que “los derechos de propiedad intelectual son establecidos de acuerdo con los principios del debido

<sup>55</sup> Christie, A., Waller, S. y Weatherall, K. ‘Exporting the DMCA through free trade agreements’. En Heath, C. y Kamperman Sanders, A. (Ed.), *Intellectual Property and Free Trade Agreements*. Publishing, Oxford, p. 211-223, 2007.

Ver también, Hiaring, A. ‘What’s New in the Neighborhood - The Export of the DMCA’, en: *Post-TRIPS FTAs. Annual Survey of International and Comparative Law*, 2005; Chander, A. ‘Exporting DMCA Lockouts’, *Cleveland State Law Review*, Vol. 54, Issue 1, 2006, p. 207.

<sup>56</sup> No son, sin embargo, las únicas reformas relacionadas con este tema. La Ley 1032 de 2006 introdujo algunas disposiciones sobre TPM.

<sup>57</sup> Sobre el particular, ver el documento de Karisma ‘El debate pendiente en Colombia sobre la protección de derechos de autor en Internet. El caso de la ‘Ley Lleras’’. Disponible en: <http://karisma.org.co/?p=2241> (verificado el 20 de junio de 2013).

<sup>58</sup> Ver más información en ‘Corte Constitucional de Colombia declara inexecutable ley de propiedad intelectual’. En *Digital Rights Latin America and the Caribbean*, disponible en: <http://www.digitalrightslac.net/corte-constitucional-de-colombia-declara-inexecutable-ley-de-propiedad-intelectual/> (verificado el 20 de junio de 2013).

<sup>59</sup> Ver, entre otros, los documentos publicados por el colectivo 'Redpatodos'; ([www.redpatodos.co](http://www.redpatodos.co)) y el documento Karisma sobre el trámite de la Ley Lleras.

<sup>60</sup> Barbosa, M. y Lozano Ortiz, M. '¿Cómo leer el Tratado de Libre Comercio Colombia Estados Unidos de América? Resultados preliminares de la línea de investigación Tratado de Libre Comercio Colombia - Estados Unidos.' En: *International Law: Review. Colombia Derecho Internacional*. 2008, n.13, pp. 255-290. ISSN 1692-8156, p. 265 - 266.

proceso que cada Parte reconoce, así como con los fundamentos de su propio sistema legal".<sup>61</sup>

**Si aceptamos ese argumento –que es tanto como aceptar que cada Estado es soberano para expedir sus leyes– podemos permitirnos el espacio y el tiempo para debatir la mejor manera de cumplir con el TLC en este punto. Y para hacerlo, este documento aporta tres conclusiones y unas propuestas.** Primero, las conclusiones:

i. **La DMCA no es un modelo exitoso, si por exitoso entendemos un modelo equilibrado del derecho de autor.** Son incontables las voces que en Estados Unidos señalan permanentemente los efectos nocivos de esta ley.

distinto al nuestro. Si los presupuestos del proyecto de 'Infraestructura Nacional de Información' del gobierno de Bill Clinton eran equivocados hace 20 años, hoy son simplemente insostenibles. Internet no es –siguiendo la crítica de Jessica Litman– una serie de tubos para películas y canciones. Y más importante que eso, el uso e incorporación de Internet no es el mismo en Estados Unidos que en Colombia. **La incorporación de una ley como la DMCA en nuestro país debe ser coherente con nuestros objetivos en materia de desarrollo, educación y acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones.**

iii. A lo largo de casi 15 años de aplicación ha quedado claro cuáles son los puntos de la DMCA que deben ser modificados. Esta última conclusión marca el punto de partida para las propuestas que se hacen a continuación: los efectos negativos tanto del mecanismo de notificación y retiro como de las TPM deben tenerse en cuenta a la hora de diseñar leyes similares en Colombia. Esto implica observar, al menos, los siguientes puntos:

- **Introducir incentivos legales para disuadir a los titulares de contenido de presentar solicitudes temerarias de notificación y retiro.** El diseño de la DMCA

favorece que los titulares soliciten el retiro de cualquier material, con lo cual es usual que terminen censurados de la red contenidos legítimos. Una modificación en el balance de costos e incentivos podría producir un resultado diferente. Por ejemplo, incluir sanciones económicas cuantiosas para los agentes que promuevan solicitudes desproporcionadas o abiertamente equivocadas.

---

...la DMCA estadounidense no es simplemente su texto sino también la experiencia de su aplicación y la regulación adicional. En esa medida, las recomendaciones que presenta este documento tienen un referente pertinente, y tenerlas en cuenta para la norma que implemente los compromisos del TLC en este punto permitiría equilibrar la protección de los titulares de contenidos y los derechos de la ciudadanía de beneficiarse de éstos. Antes que desbordar sus límites, este balance es en sí mismo un objetivo del derecho de autor.

---

<sup>61</sup> Artículo 16.11.1 del Tratado de Libre Comercio.

<sup>62</sup> Ver la campaña Fix The DMCA, en [www.fixthedmca.org](http://www.fixthedmca.org) (verificado el 21 de junio de 2013).

Incluso, un grupo de académicos, emprendedores, ONG e integrantes de compañías de tecnología, lanzo una campaña formal para pedir su reforma.<sup>62</sup> Los problemas de la DMCA no son, pues, una cuestión exclusiva de 'hackers' y activistas.

ii. La DMCA se expidió en un presente diferente y, sobre todo, en un contexto social y político muy

- **Incorporar a la ley colombiana una cláusula de uso justo.** Un sistema balanceado de derechos de autor debe darle la misma garantía tanto a los autores y titulares de obras como a quienes acceden y usan esos contenidos de manera legal. Esto significa que al introducir normas basadas en la DMCA deben incluirse las cláusulas de uso justo o 'fair use' que existen en ese régimen. En sistemas jurídicos civilistas –como el nuestro– estas cláusulas pueden combinarse con los listados de excepciones y limitaciones.<sup>63</sup>
- **Incorporar la obligación de evaluar el 'uso justo' y las demás excepciones y limitaciones vigentes.** Los titulares de contenido deben estar obligados a evaluar previamente si un contenido determinado sobre el cual desean presentar una solicitud de retiro está amparado por las causales de 'uso justo' y demás excepciones legales a que haya lugar. En al menos uno de los juicios que se adelanta con ocasión del mal uso de la DMCA, un juez estadounidense hizo ese planteamiento, que si bien puede desprenderse de una interpretación adecuada de la norma, no está explícitamente planteado en ella.<sup>64</sup> Esta regla también estaría atada a los incentivos de la norma. Es decir, presentar solicitudes de retiro sin demostrar un análisis previo de las posibles excepciones haría más gravosa la responsabilidad del reclamante.
- **Introducir un mecanismo judicial o administrativo especial para tramitar las solicitudes de notificación y retiro.** La experiencia de la DMCA demuestra que un mecanismo privado de notificación atenta contra el debido proceso y la libertad de expresión, y es proclive a la arbitrariedad de las partes. En consecuencia, un mecanismo similar debe hacerse a instancia de un juez o de una autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales. En

este último caso, tendría que haber un eventual recurso de revisión ante un juez. En desarrollo de este mecanismo, el usuario afectado será notificado antes de cualquier remoción, y contará con un plazo para defenderse.

- **Situar la carga de la prueba en cabeza del reclamante.** La solicitud de retiro debe imponerle al titular del derecho de autor la carga de demostrar ante el juez o la autoridad administrativa especial la infracción del usuario. Esta regla probatoria está diseñada para preservar el derecho a la libertad de expresión y existe en procesos por injuria y calumnia y en solicitudes de rectificación por información falsa o errónea. El argumento de fondo también es de incentivos. Si además de expresar una idea, difundir una información o hacer un contenido, el individuo debe probar su legalidad –bien sea por veracidad o derecho de autor–, podrá optar por guardar silencio. Especialmente si su contraparte es un casa discográfica o una productora de cine.
- **Permitir legalmente la elusión de Medidas Tecnológicas de Protección para acceder a contenidos y usarlos en ejercicio de las causales de 'uso justo' y de las excepciones y limitaciones al derecho de autor.** El marco regulatorio de las TPM en la DMCA ha terminado por imposibilitar el ejercicio de derechos ciudadanos de la misma importancia a aquellos que tienen los titulares de contenido. Una norma que incorpore normas anti-elusión debe respetar el derecho de autor en una dimensión comprensiva e integral.
- **Permitir legalmente la elusión de Medidas Tecnológicas de Protección para disponer de productos legalmente adquiridos en escenarios sin ánimo de lucro.** Las TPM afectan gravemente los mercados secundarios de

<sup>63</sup> En el documento de comentarios al proyecto de ley No. 001 de 2012, el colectivo 'Redpatodos' propuso la siguiente cláusula: "Casos especiales. Derechos en relación con el uso de obras protegidas. Adicionales a los usos cubiertos por las excepciones y limitaciones expresas de la ley colombiana, cualquier uso que promueva objetivos generales, económicos, sociales y culturales no será infractor si su carácter y alcance es apropiado a su propósito y no perjudica injustamente los legítimos intereses del titular de derechos patrimoniales, teniendo en cuenta los legítimos intereses de creadores, usuarios, terceras partes y el público". Documento disponible en: <http://redpatodos.co/blog/comentarios-juridicos-proyecto-001-mayo/> (verificado el 3 de julio de 2013).

<sup>64</sup> Ver, 'Judge Rules That Content Owners Must Consider Fair Use Before Sending Takedowns'. En: Electronic Frontier Foundation, agosto de 2008. Disponible en: <https://www.eff.org/deeplinks/2008/08/judge-rules-content-owners-must-consider-fair-use> (verificado el 20 de junio de 2013).

obras y, especialmente, el acceso a éstos por parte de poblaciones y sectores menos favorecidos. En un país como Colombia, con altos índices de analfabetismo digital y escasas posibilidades para la elusión de TPM debe estar permitida para disponer libremente de productos que fueron adquiridos legalmente –como libros, software y películas– en contexto que no tengan ánimo de lucro. Una autorización de este tipo implicaría incorporar también en el ordenamiento jurídico colombiano la figura del agotamiento del derecho. Ésta existe en Estados Unidos bajo la doctrina del ‘first sale’ y facilita la existencia de mercados secundarios.<sup>65</sup>

<sup>65</sup> En palabras de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, “la figura del agotamiento del derecho extingue la posibilidad del autor o del titular patrimonial de la obra de controlar las posteriores distribuciones de los ejemplares después de efectuada la primera venta, pero dejando en libertad los titulares del soporte para adelantar posteriores distribuciones”. Concepto 2-2005-6647 del 14 de julio de 2005. Disponible en <http://www.derechodeautor.gov.co/web/guest/novedades-concepto> (consultado el 3 de julio de 2013).

- **Prohibir la incorporación de Medidas Tecnológicas de Protección cuyo propósito principal es impedir la interoperabilidad y compatibilidad de servicios, dispositivos y programas.** Si partimos de la base de que el TLC es un acuerdo para promover el libre comercio, no tendría sentido que una disposición para implementarlo tuviera el efecto de producir monopolios e integraciones verticales de facto. La evidencia en Estados Unidos indica que existe ese riesgo, con lo cual una prohibición explícita sería conveniente. El uso de TPM debe limitarse a la protección del derecho de autor –con los límites señalados–, sin causar externalidades negativas o efectos indeseados.

**Si la DMCA va ser la base de la regulación colombiana, no puede adaptarse únicamente en su literalidad, sino también en el contexto de los debates, la interpretación y las propuestas que la rodean.** En otras palabras, la DMCA estadounidense no es simplemente su texto sino también la experiencia de su aplicación y la regulación adicional. En esa medida, las recomendaciones que presenta este documento tienen un referente pertinente, y tenerlas en cuenta para la norma que implemente los compromisos del TLC en este punto permitiría equilibrar la protección de los titulares de contenidos y los derechos de la ciudadanía de beneficiarse de éstos. Antes que desbordar sus límites, este balance es en sí mismo un objetivo del derecho de autor.



Las opiniones expresadas en este documento son responsabilidad de su autor

Financia



Apoya



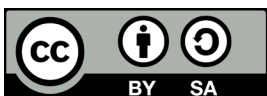
Proyecto de

FUNDACIÓN KARISMA  
CALLE 57 No. 10-24 Of. 402  
Telefax 235 38 72  
[karisma.org.co](http://karisma.org.co)  
@karismacol  
[contacto@karisma.org.co](mailto:contacto@karisma.org.co)



La versión digital del documento y del resumen se pueden descargar de:

<http://karisma.org.co/?p=2241>



Usted puede copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra, incluso si el uso que hace es comercial, siempre y cuando de los créditos correspondientes. Puede hacer obras derivadas si la nueva obra es distribuida con una licencia idéntica a esta. Para conocer el texto completo de la licencia visite <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/2.5/co/>