

# 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.



## **El Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Colombia y Estados Unidos 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. Fue la 'Ley Lleras' original, que terminó siendo archivada meses después. 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.

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.

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

Por otro lado, esta norma se expidió en un presente diferente y, sobre todo, en un contexto social y político muy distinto al nuestro. Si los presupuestos del proyecto de 'Infraestructura Nacional de Información' del gobierno de Bill Clinton— que sustentaron la DMCA— eran equivocados hace 20 años, hoy son simplemente insostenibles. 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.

El principal problema del sistema de notificación y retiro radica en que 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.

Las Medias Tecnológicas de Protección (TPM por su nombre en inglés), por su parte, 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. La elusión de las medidas de protección no solo sirve fines ilegales, sino que también es fundamental para alcanzar objetivos colectivamente deseables. Sin embargo, las TPM dificultan el uso de obras para fines distintos y novedosos —que de ninguna manera amenazan la explotación original de la obra—. Además, 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.

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.

Partiendo del supuesto de que el TLC no es un camisa de fuerza sino un acuerdo con una serie de obligaciones para incorporar en nuestra legislación, 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.
- 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 con propósitos legítimos y socialmente deseables.
- 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.
- 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.
- 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.

- 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.

- Permitir legalmente la elusión de medidas tecnológicas de protección para disponer de productos legalmente adquiridos en escenarios sin ánimo de lucro.

- Prohibir la incorporación de medidas tecnológicas de protección cuyo propósito principal es impedir la interoperabilidad y compatibilidad de servicios, dispositivos y programas.

Si la DMCA va a 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.



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/>