

¿Es acorde al Inter-American System of Human Rights de protección de la libertad de expresión el mecanismo de remoción de contenido de la DMCA?¹

Investigación del CELE desarrollada por Paula Vargas

Introducción

Internet permite a Youtube difundir 330 horas de videos por minuto, a Facebook almacenar 300 petabytes de información de sus usuarios², a Twitter transmitir 500 millones de tweets por día³, y a la humanidad, compartir el trillón de fotos que se estima, se tomarán este año,⁴ de acuerdo a los datos que proveen las aplicaciones mas importantes -en volumen- que prestan servicios utilizando el protocolo de Internet.

De toda esta inmensidad de personas ejerciendo su derecho a expresarse libremente y a recibir información, -tal como la garantiza las Constituciones de los países de América Latina y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos del Sistema Interamericano-, algunas utilizan en sus comunicaciones contenidos sujetos a derecho de autor, sin contar con la debida autorización de los titulares de dicho derecho.

Obviamente, esta conducta sujeta a quienes las realizan a las responsabilidades -civiles y penales- previstas en las leyes de propiedad intelectual e industrial. Pero además puede potencialmente acarrear responsabilidad al llamado "Intermediario", esto es, al prestador del servicio de Internet que utiliza el individuo para generar y publicar el contenido infractor. Los Intermediarios son aquellos servicios que facilitan una herramienta tecnológica para mediar con contenido generado por usuarios; como por ejemplo el transporte de datos, el almacenamiento en la cuenta de un usuario, el almacenamiento transitorio y la indexación de información⁵.

En los Estados Unidos, a fin de permitir que floreciera la industria de los servicios de Internet, cuya vida hubiera sido corta si se los responsabilizaba por el contenido generado por los usuarios, en el año 2001 se sanciona la Digital Millenium Copyright Act (DMCA)⁶.

¹ This work is licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 Unported Licence. You are free to copy, distribute and display this work and to make derivative works, provided you give credit to the Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información, do not use this work for commercial purposes and distribute any works derived from this publication under a licence identical to this one. To view a copy of this licence, visit: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/>.

² Craigh Smithg on DMR, *By the numbers, 200+ Facebook amazing statistics*, <http://expandedramblings.com/index.php/by-the-numbers-17-amazing-facebook-stats/2/>

³ Twitter: <https://about.twitter.com/company>

⁴ Google oficial blog, <http://googleblog.blogspot.com.ar/search/label/photos>

⁵ OAS, Special Rapporteur On Freedom of Expression, *Annual Report: Freedom of Expression and Internet*,

"There are many intermediaries and different ways to classify them; the most relevant include Internet service providers (ISP), website hosting providers, social networking platforms, and search engines.", 2013, Disponible en:

http://www.oas.org/en/iachr/expression/docs/reports/internet/FoE_AND_INTERNET_REPORT_2013.pdf

⁶ Section 512, US Copyright Act: <http://www.copyright.gov/title17/92chap5.html#512>

La DMCA propone un procedimiento de “Notice & Takedown” que permite al titular de un derecho de propiedad intelectual solicitar a los Intermediarios de servicios de Internet, mediante una notificación privada, la remoción de contenidos infractores. Ante la notificación formal del titular de los derechos, el intermediario tiene la obligación de remover el contenido de forma expedita. Por cumplir con este procedimiento, los Intermediarios de servicios de Internet obtienen una inmunidad condicionada (al cumplimiento de ciertos requisitos generales y particulares, entre ellos el “notice and takedown” en sí) que los exime de responsabilidad por las infracciones de sus usuarios. Esta inmunidad se conoce como “Safe Harbor”.

Esta política pretende establecer una fórmula para balancear los derechos en conflicto. Por un lado, los titulares de derechos de autor de restringir la circulación no autorizada de sus contenidos en Internet y por el otro, el de los Intermediarios en permitir la mayor circulación posible de contenidos sin afectar su responsabilidad.

La globalización de los servicios de estas empresas que median con contenido generado por usuarios en Internet, globalizó también sus políticas y Terminos y Condiciones, ya que muy rara vez estas empresas “localizan” dichas políticas. Así, la DMCA comenzó a adoptarse de forma casi global para operativizar la remoción de contenido infractor circulante por la Internet.

PARTE I

LAS DISTORSIONES DE LA “DMCA” Y SU IMPACTO EN LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El problema de la adopción automática y globalizada de la DMCA en otras jurisdicciones fuera de los Estados Unidos o en relación con contenidos generados fuera de los Estados Unidos es que no permite corregir los defectos de los que también adolece este mecanismo, y que fueron rápidamente advertidos a medida que se aplicaba en dicho país.

El principal de dichos defectos es que es insuficiente para prevenir el abuso del mecanismo de “Notice & Takedown”. Así, la publicación de contenido legítimo puede verse amenazada cuando el objetivo es censurar contenido y no proteger una obra creativa.

Un motivo posible por el cual estos vicios tal vez no se corrigieron hasta el momento, puede consistir en que no afectan al negocio de los Intermediarios en sí ni a los titulares de derechos de autor, sino que afectan al interés público.

El interés público se ve afectado cada vez que se elimina de la Internet contenido legítimo. Afecta al interés público la remoción de un contenido que, de acuerdo a la misma ley de propiedad intelectual, puede legalmente ser enviado o recibido via Internet (por ejemplo, por encontrarse en el dominio público, o por ser un caso de “fair use” o de alguna otra excepción), por ejemplo **cuando se remueve un contenido como consecuencia de un balance erróneo entre derechos**, como por ejemplo entre el derecho de autor y la libertad de expresión. Esto reviste mayor gravedad por cuanto la libertad de expresión es un derecho fundamental, un derecho humano y el derecho de autor no lo es.

La adopción generalizada del mecanismo propuesto por la DMCA para los conflictos que se suscitan en América Latina, -región que además está comenzando a replicar este mecanismo en sus legislaciones y jurisprudencia-, debe necesariamente analizarse a la luz del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos (en adelante IASHR) en relación el ejercicio del Derecho a la libertad de expresión, reconocido en el Artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁷ y firmemente sostenido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El mecanismo de remoción de contenido de la DMCA proviene de la legislación de un país –Estados Unidos- que no ha ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, lo cual pone bajo sospecha su adecuación, como se ejemplificará más adelante. Basta la simple lectura del texto del

⁷ OAS American Convention on Human Rights, Article 13, Disponible en <http://www.oas.org/en/iachr/expression/showarticle.asp?artID=25&IID=1>

artículo⁸ 512 (f) de la DMCA que prevé la sanción contra el abuso para darse cuenta que ésta no contiene una excepción para el interés público. Sólo la palabra “misidentification” podría tal vez contener el supuesto en el que realmente existe una infracción a la propiedad intelectual, pero que no obstante, el contenido debe mantenerse publicado por cuestiones de interés público.

Estos casos que exigen un balance entre la propiedad intelectual y la libertad de expresión requieren un análisis profundo de éste último derecho a la luz del Artículo 13, la jurisprudencia y la interpretación realizada por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE), ya que las opciones de restricción de contenido propuestas por este marco normativo son mínimas.

La Libertad de Expresión en Internet según el IASHR

En el paper recientemente publicado por el CELE, de autoría de Bertoni-Sadinsky⁹ (2015), se aborda la problemática del uso de la DMCA como una herramienta de censura del discurso político y se analiza la normativa del sistema interamericano de derechos humanos para la protección de la libertad de expresión.

A continuación se reproduce dicho texto:

“The InterAmerican Court of Human Rights has interpreted Article 13 in particular in numerous cases that should be taken into account when considering the standards that dictate the right to freedom of expression The Special Rapporteur for Freedom of Expression of the Inter- American Commission on Human Rights, in the Inter-American Legal Framework regarding the Right to Freedom of Expression and the Declaration of Principles on Freedom of Expression, has extracted from the decisions the following standards, among others:

- 1. Pursuant to Article 13 of the American Convention, freedom of expression is a right of every person, under equal conditions and without discrimination of any kind.*
- 2. Article 13 of the American Convention establishes the right of every person to freedom of passes the “freedom to seek, receive, and impart information and ideas of all kinds, regard- less of frontiers, either orally, in writing, in print, in the form of art, or through any other medium of one’s choice.”*
- 4. Particularly important is the rule according to which freedom of expression must be guaranteed not only with regard to the dissemination of ideas and information that are received favorably or considered inoffensive or indifferent but also in cases of speech that is offensive, shocking, unsettling, unpleasant or disturbing to the State or to any segment of the population. This is required by the pluralism, tolerance and spirit of openness without which a democratic society cannot exist. In this vein, the Commission has pointed out the special importance of protecting freedom of expression “as regards minority views, including those that offend, shock or disturb the majority,” and it has emphasized that restrictions to freedom of expression “must not ‘perpetuate prejudice or promote intolerance.’”*
- 5. Prior censorship, direct or indirect interference in or pressure exerted upon any expression, opinion or information transmitted through any means of oral, written, artistic, visual or electronic communication must be prohibited by law. Restrictions to the free circulation of ideas and opinions, as well as the arbitrary imposition of information and the imposition of obstacles to freedom of expression.*
- 6. As it has been interpreted in the case law of the Inter-American system, Article 13.2 of the Convention requires that the following three conditions be met in order for a limitation to freedom of expression to be admissible in a precise and clear manner by a law, in the formal and material sense;; (2) the limitation must serve compelling objectives authorized by the Convention;; and (3) the limitation must be necessary in a democratic society to serve the compelling objectives pursued, strictly pro- portionate to the objective pursued, and appropriate to serve said compelling objective.”*

⁸ DMCA, 17 USC Section 512 (F): “MISREPRESENTATIONS.—Any person who knowingly materially misrepresents under this section—(1) that material or activity is infringing, or (2) that material or activity was removed or disabled by mistake or misidentification, shall be liable for any damages, including costs and attorneys’ fees, incurred by the alleged infringer, by any copyright owner or copyright owner’s authorized licensee, or by a service provider, who is injured by such misrepresentation, as the result of the service provider relying upon such misrepresentation in removing or disabling access to the material or activity claimed to be infringing, or in replacing the removed material or ceasing to disable access to it.”; <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/512>, ultimo acceso 4/9

⁹ Bertoni, Eduardo-Sadinsky Sophia, *The use of DMCA to stifle free expression*, June 2015, available at: <http://dx.doi.org/10.15425/redecom.13.2015.01>

El punto crucial, entonces, es que los Términos y Condiciones de los Intermediarios, obligados a adoptar la DMCA de acuerdo a la legislación de su país de origen (Estados Unidos) no han adaptado este procedimiento al sistema jurídico de otros países en los cuales desarrollan su actividad. En particular, la remoción de contenidos, aun cuando ocurra por violación a la Propiedad Intelectual, no es nunca un problema meramente de Propiedad Intelectual, es siempre un problema de libertad de expresión. Por ello, aplicar la DMCA para remover contenido presuntamente infractor no necesariamente significa que se está cumpliendo con el marco legal vigente.

Como ya se refiriera antes, adoptar una legislación que no fue diseñada para insertarse en el IASHR, dificulta el cumplimiento de las normas impuestas por éste en los países que si adhieren normativamente a dicho sistema.

Esta preocupación ya ha sido expresada por la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos quien en el informe anual del año 2013, "Libertad de Expresión en Internet"¹⁰, dedica varios párrafos a tratar el problema de la remoción de contenido por derecho de autor; los requisitos que los mecanismos que permitan la remoción de contenido deben cumplir para satisfacer la protección a la libertad de expresión; y el marco de legalidad para la actuación de los Intermediarios. Se transcriben los párrafos mas relevantes de dicho documento:

- " They have noted that the laws against Internet-based piracy have the legitimate aim of seeking to protect copyrights. Nevertheless, when such laws are drafted broadly or ambiguously, they raise serious concerns with respect to their potential impact on the right to freedom of expression. In this regard, ambiguous prohibitions can lead to the silencing of speech that is absolutely lawful and deserving of protection because it is not covered by copyrights."
- "76. It is consequently necessary that restrictions to the right to freedom of expression on the Internet that have to do with copyright violations comply with the requirements established in the American Convention and be designed so as to not affect the unique capacity of the Internet to promote freedom of expression and access to knowledge and cultural production."
- 79. Asimismo, los relatores han manifestado su preocupación por el establecimiento de un procedimiento extrajudicial de "notificación y rescisión", que no reúnen las características establecidas por los artículos 8 y 25 de la Convención..."
- "87. En todos los casos, las medidas de restricción deben contar con salvaguardas que eviten el abuso, como la transparencia respecto de los contenidos cuya remoción haya sido ordenada, así como información pormenorizada sobre su necesidad y justificación. A su vez, cualquier medida de este tipo debe ser adoptada solamente cuando sea la única medida disponible para alcanzar una finalidad imperativa y resultar estrictamente proporcionada al logro de dicha finalidad"
- "106. En efecto, los esquemas de inmunidad condicionada resultan compatibles con el marco de la Convención en la medida en que establezcan garantías suficientes para la protección de la libertad de expresión y el debido proceso de los usuarios, y no impongan obligaciones difusas o desproporcionadas a los intermediarios. Específicamente, la exigencia de remover contenidos por parte de los intermediarios, como condición para no ser considerados responsables por una expresión ilícita, solamente debería proceder cuando sea ordenada por una autoridad judicial o de naturaleza similar, que opere con suficientes garantías de independencia, autonomía e imparcialidad y que tenga la capacidad para evaluar los derechos en juego y ofrecer las garantías necesarias al usuario. En ese sentido ya se han pronunciado los Relatores para la Libertad de Expresión en la Declaración conjunta sobre libertad de expresión en Internet"
- "109. Por otro lado, para algunos casos específicos, algunos regímenes normativos establecen mecanismos de "notificación y notificación", por medio de los cuales los intermediarios poseen la obligación de transmitir al usuario notificaciones sobre la supuesta ilicitud de determinada expresión. Para que estos mecanismos permitan realmente ejercer el derecho de defensa de la expresión cuestionada y prevenir abusos, es indispensable que cumplan con ciertas condiciones. En particular, deberían incluir una notificación detallada acerca de la ubicación del material que

¹⁰ OAS, Special Rapporteur on Freedom of Expression, "Annual Report: Freedom of Expression and Internet", 2013, http://www.oas.org/en/iachr/expression/docs/reports/internet/FoE_AND_INTERNET_REPORT_2013.pdf

se considera ilícito, el fundamento jurídico de la ilicitud y una adecuada opción de contra-notificación a cargo del usuario productor del contenido con garantías de control judicial. En todos los casos, los usuarios deben tener derecho a permanecer bajo anonimato y cualquier disputa sobre este punto debe ser resuelta exclusivamente en sede judicial.”.

- 112. Asimismo, **los actores privados deben establecer e implementar condiciones de servicio que sean transparentes, claras, accesibles y apegadas a las normas y principios internacionales en materia de derechos humanos, incluyendo las condiciones en las que pueden generarse interferencias con el derecho a la libertad de expresión o a la privacidad de los usuarios.** En este sentido, las empresas deben buscar que cualquier restricción derivada de la aplicación de los términos de servicio no restrinja de manera ilegítima o desproporcionada el derecho a la libertad de expresión”

Estas normas del llamado “soft law” ponen el foco exactamente en las adaptaciones que necesita la DMCA para preservar otros valores. En consecuencia, como América Latina no puede modificar la DMCA, este estudio tiene por objetivo proponer medidas a incorporar a través de los Términos y Condiciones a fin de adaptar la DMCA al IASHR de protección de la libertad de expresión.

Ejemplos de uso abusivo del mecanismo de DMCA

Casos de Interés Público¹¹

Bertoni-Sadinsky, en el paper ya citado, ejemplifican algunos de los casos en que la DMCA fue utilizada de forma ilegítima para remover contenido que era de interés público, porque se referían a cuestiones gubernamentales o a funcionarios públicos, en América Latina y en otros países.

Explican los autores citados que: *“The DMCA is often used to get content removed during pivotal political moments or in the midst of campaign cycles, silencing oppositional voices when they count most ...It (the notice and takedown system) has also, however, opened the door to wide-spread free speech violations. The ease with which takedown requests can be issued, and the incentives for companies to quickly comply with them, has left considerable room for copyright holders to abusively and repeatedly intervene for the removal of content they deem undesirable.”*

Caso Rafael Correa, Presidente de Ecuador, (1)¹²: On October 9, 2013, Ecuadorian filmmaker Pocho Álvarez discovered that one of his documentaries had been removed from his YouTube page. In its place was a message from YouTube alerting him that the video was no longer available on the grounds of copyright infringement. The documentary, “Assault on Intag,” is a short expository piece on the harassment suffered by the indigenous Intag community for its resistance to mining in the region. It included less than 20 seconds of images and the voice of Ecuador’s President Rafael Correa, repeating the phrase “let us see who is causing these problems,” suggesting that local communities were responsible for delaying regional development. The video’s removal was based on the claim that Álvarez had violated copyright rules by using footage of President Correa taken from his weekly national broadcast.

Una cuestión interesante a destacar del caso del Presidente de Ecuador al que se refiere el trabajo de Bertoni-Sadinsky es que Rafael Correa solicitó la remoción de contenido a través de una agencia española que efectuó el reclamo en los Estados Unidos. Es decir, no hizo el reclamo en su propio país.

Caso Rafael Correa, Presidente de Ecuador, (2)¹³: Por ejemplo, en Septiembre de 2014, el administrador de un sitio muy popular en Facebook se encontró con que el link a un video publicado había sido removido por violación de la ley derecho de autor. El video, filmado durante la violenta represión a una manifestación de estudiantes ese mes, mostraba los abusos policiales aparentemente cometidos durante las protestas y contenía imágenes del presidente Correa cumplimentando el accionar policial. Una semana después el video fue igualmente removido de YouTube

Caso Rafael Correa, Presidente de Ecuador, (3)¹⁴: Filmmaker Santiago Villa also had a documentary of his

¹¹ Entendido estrictamente como los casos en que está comprometido el discurso que involucra a un funcionarios público, a una figura pública o a alguien que voluntariamente se sometió a la opinión pública

¹² See Bertoni-Sadinsky, supra 8

¹³ See Bertoni-Sadinsky, supra 8

¹⁴ See Bertoni-Sadinsky, supra 8

that was critical of the Correa administration stripped from the Internet in 2014, following a takedown notice based on the use of “unauthorized images” from Correa’s weekly public address.

Caso Rafael Correa, Presidente de Ecuador, (4)¹⁵: On 2014, the Twitter account for Diana Amores, a translator who often shares witty tweets with her followers, was suspended on more than one occasion following several instances in which Twitter removed images she had tweeted, including multiple cartoons. The copyright claims used to get Amores’ images pulled and account ultimately suspended came from EcuadorTV, the state-run television station, and Movimiento Alianza País, the country’s governing party. Her copyright infractions were as innocuous as uploading a picture in which the politician featured was wearing a t-shirt with the party’s logo, presumably targeted for the humorous tagline Amores tweeted with the photo.

Iglesia Ministerial de Jesucristo Internacional¹⁶: this institution, associated with the Colombian political party known as MIRA, has repeatedly sought the removal of YouTube videos that feature, for example, declarations made by the church’s founder. One of the videos that YouTube blocked upon the church’s request had even explicitly noted in its title that the video was a parody.

Aécio Neves¹⁷: In Brazil, the DMCA was used to remove videos critical of 2014 presidential candidate and former governor, Aécio Neves. Though the sender’s identity has not been confirmed, many have speculated that Neves himself was responsible for the takedowns.

The Obama’s Campaign¹⁸: In September of that year, for example, NBC issued a takedown for a satirical Obama campaign video. The viral video used archival footage of reporter Tom Brokaw announcing that Senator John McCain had “won” and was intended to encourage Obama supporters to vote. It was removed from YouTube following NBC’s objections that the spot infringed on its copyrighted material, just days before an important voter registration deadline.

The McCain-Palin Campaign¹⁹: The McCain-Palin campaign was subject to takedowns from a range of news outlets throughout the election, including Fox News and the Christian Broadcasting Network, prompting them in October of 2008 to send a letter to YouTube detailing the “overreaching copyright claims” targeting political speech that was “clearly privileged under the fair use doctrine.”

National Organization for Marriage²⁰: In 2009, the National Organization for Marriage, an anti-gay group that rallies against same-sex marriage, produced an advertisement in which various actors pretended to be scared of equal rights for gay couples. After another organization found and posted video footage online of the “auditions” for the ad, MSNBC’s Rachel Maddow played the audition tapes on her television show, mocking the ad and criticizing its dangerous premise. The National Organization for Marriage sent a DMCA threat to YouTube claiming that the audition tapes were copyrighted material, which resulted in the removal of Maddow’s show from YouTube.

Right Wing Watch (RWW): RWW is a project of the organization People for the American Way that monitors and publicizes the activities of right-wing religious and political figures. In 2013, Gordon Klingenschmitt, a former Navy chaplain who has since been elected to the Colorado House of Representatives, filed a series of DMCA takedown notices with YouTube for clips – clearly protected under the fair use exception – from RWW’s channel that highlight incendiary statements by conservative groups and individuals. Among these clips were several segments excerpted from Klingenschmitt’s own show, Pray in Jesus’ Name, which is also hosted on YouTube. Despite the clips’ eventual restoration following counter-notification filings by RWW, Klingenschmitt’s abusive takedown crusade resulted in RWW’s account being taken offline twice.²¹

Alberta Tourism Bureau²²: In 2013, the Alberta, Canada tourism bureau issued a takedown notice to remove a video produced by two comedians that satirizes Alberta travel publicity. In the clip, a few se-

¹⁵ See Bertoni-Sadinsky, supra 8

¹⁶ See Bertoni-Sadinsky, supra 8

¹⁷ See Bertoni-Sadinsky, supra 8

¹⁸ See Bertoni-Sadinsky, supra 8

¹⁹ See Bertoni-Sadinsky, supra 8

²⁰ See Bertoni-Sadinsky, supra 8

²¹ See Bertoni-Sadinsky, supra 8

²² See Bertoni-Sadinsky, supra 8

conds of the tourism bureau's advertisement are used, juxtaposing the ad's regional nature shots with the environmental degradation underway in Alberta's oil fields. The video mocks the bureau's slogan: "Remember to Breathe." Following its release, the tourism bureau hired a law firm that also represents major oil companies in the region to file a DMCA takedown with YouTube, resulting in the video trailer's removal.

The Canada Post: Canada Post filed a takedown notice with YouTube after union members posted a video poking fun at the company's CEO, Moya Greene. The video, entitled "The Greench," was posted in the midst of heated disputes over sick pay benefits, and adapted lyrics from the well-known Dr. Seuss song, "You're a mean one, Mr. Grinch" to parody the CEO and corporate policies. The unfounded takedown notice the company issued, which resulted in the video's removal from YouTube, claimed copyright infringement based on an altered photo of the CEO briefly shown in the video

Inglewood v. Teixeira (2015): A los casos citados arriba, podemos agregar un reciente caso de los Estados Unidos, en el cual un ciudadano (Teixeira) utilizó videos de las reuniones del City Council de Inglewood para criticar al intendente de esa ciudad en un blog de su autoría y en YouTube. Argumentando que el Municipio era el titular de los derechos de autor sobre dichos videos, el intendente solicitó la remoción de dichos contenidos. Sin embargo, la Corte falló "*that a California public entity may not claim copyright protection for a work it has created even if it falls within the scope of federal copyright protection*".

En su blog, Eric Goldman sostiene que "At minimum, we should view any government claim of copyright ownership with an extraordinarily high degree of skepticism. Copyright is a legal tool to suppress speech, so copyright assertion can overlap with governments' attempts to censor discussions and debates about the government's functioning. I would favor eliminating this irresistible censorious temptation by categorically preventing all government entities (federal, state, local) from obtaining copyright interest in their works. That would avoid the chilling effects of any ambiguous or borderline cases. The videos' lack of copyrightability should resolve this case entirely, but the judge made an alternative ruling on fair use for completeness (and to expedite possible appellate review)."²³

García v. Google (2015): Otro caso de alto impacto fue el de "García v. Google". Este caso tiene como trasfondo el trailer "The innocence of Muslims", percibido como anti-islámico y denigratorio del profeta Mahoma y cuya difusión derivó en graves protestas, gran cantidad de muertos y un precio por la cabeza del productor. Ante la gravedad de la situación YouTube decidió bloquear el contenido en alguno de los países en los que había despertado controversia, pero se negó a bloquearlo en los Estados Unidos, argumentando que no se trataba de un caso de "Hate Speech". Sin embargo, o que ni Obama había logrado, lo logró en el año 2014 una actriz que aparece en el video exactamente 7 segundos, argumentando derechos de autor sobre dicho material. Esta actriz solicitó la remoción del material mediante un reclamo por DMCA, y Youtube se negó a removerlo, lo que derivó en un litigio. García alegó ser la titular del derecho de autor sobre su actuación, y manifestó haber sido engañada respecto del real contenido del video. En un fallo que despertó incredulidad y muchísimos debates, el Tribunal de Apelaciones del 9th Circuit le dio la razón a García ordenó el bloqueo del material. YouTube apeló y meses más tarde, un fallo en pleno del Tribunal ordenó el desbloqueo. Lo que demuestra la complejidad de este caso es que muy pocas empresas intermediarias están en condiciones de afrontar este tipo de litigios. El video era de altísimo interés público, pero la mayoría de los Intermediarios lo habrían removido inmediatamente.

Canción Oficial de los Juegos Olímpicos 2022 (2015): pese a estar preparada con bastante anticipación, es dudoso que los asistentes a estos juegos puedan aprender una de las canciones oficiales de los Juegos Olímpicos de Beijing 2022, al menos a través de Youtube, ya que "múltiples reclamos" por infracción al Copyright obligaron a esta plataforma a removerla.

Expresión y Acceso a la Información

²³Goldman Eric, *City Can't Use Copyright To Censor Critical Videos-Inglewood v. Teixeira*, August 24, 2015

<http://blog.ericgoldman.org/archives/2015/08/city-cant-use-copyright-to-censor-critical-videos-inglewood-v-teixeira.htm>

Según informó Youtube, debió remover la canción por su “notable parecido” con una popular canción de una película de Disney. Es decir, ni siquiera existía una infracción probada, y no pudo tampoco saberse quien exactamente había solicitado la remoción.²⁴

Casos de interés para el público

Existen además otro tipo de casos en los que, si bien el “interés público” puede no estar comprometido, la DMCA es igualmente utilizada de forma abusiva. En estos casos, el objetivo perseguido es censurar contenido por motivos comerciales, reputacionales o algún otro ajeno a la protección de una obra creativa o son casos en los que la remoción de contenido requeriría un análisis jurídico para determinar si realmente están siquiera protegidos por el derecho de autor. Sin embargo, la amenaza de responsabilidad por la no remoción que pesa sobre el intermediario y la facilidad para iniciar estos reclamos sin que existan sanciones concretas por el uso abusivo de la DMCA conspiran contra tal análisis.

Ashley Madison Webpage: Un ejemplo reciente es el infame caso del *hackeo* al website “Ashley Madison”. La descripción que realiza Adam Clark Estes²⁵ en Gizmodo es más que elocuente:

“Copyright law is complicated, but one thing is clear: The Digital Millennium Copyright Law was not designed to enable censorship. Unfortunately, the owners of Ashley Madison are using—and abusing—DMCA takedown notices to do just that in order to keep its hacked data off the web.

Twitter users are reporting that tweets with information about the Ashley Madison hack are also disappearing. This isn't good. Indeed, the DMCA was designed to combat the illegal sharing of copyright infringing content. Even if Ashley Madison or its parent company, Avid Dating Life Inc., could convince a judge that it could copyright the data that its users uploaded to its servers, there's a pretty obvious fair use argument to be made. Sites like CheckAshleyMadison.com are engaging in criticism or commentary and, hence, are not infringing. Again, the Ashley Madison data probably doesn't have copyright protection to begin with. You can copyright the expression of information—think about data displayed in a chart—but you can't copyright the information itself. At least three websites received DMCA takedowns for using the data. One of them, Trustify, is still in operation because they (probably correctly) claim that Ashley Madison's “use of the DMCA is fraudulent.” Trustify's founder and CEO told Gizmodo, “This is a desperate move by Ashley Madison. They don't have a copyright on what they're sending notices about.”

Retraction Watch: Este blog inició una demanda, conjuntamente con Wordpress, en razón de los pedidos de DMCA que Wordpress recibía para dar de baja el blog de Retraction Watch. Esta es la declaración de Retraction Watch al respecto: *“While there are statutory damages for copyright infringement (even if very minor) there are no similar damages, or clear penalties of any kind, for submitting a fraudulent DMCA notice. The lawsuits that we filed represent the only recourse for abuse of the DMCA takedown process. The lawsuits were expensive to bring, time consuming to prosecute, and promise very little in the way of compensation in return. We brought these lawsuits, alongside our users, to protect their important free speech rights and send the message that abuse of the DMCA process has consequences (at least on WordPress.com). Cases like these are extremely rare, and I'm confident in saying that the users would not have the time, resources or sophistication to bring the suits on their own. The DMCA system gives copyright holders a powerful and easy-to-use weapon: the unilateral right to issue a takedown notice that a website operator (like Automattic) must honor or risk legal liability. The system works so long as copyright owners use this power in good faith. But too often they don't, and there should be clear legal consequences for those who choose to abuse the system. I'd urge the Committee to add such penalties to the DMCA to deter and punish these types of abuses.”*²⁶

Resulta muy interesante para ilustrar el problema del abuso de DMCA la declaración que brindó el abogado de Automattic, la empresa dueña de Wordpress ante el Congreso de los Estados Unidos en el

²⁴ WIPR, *Beijing Olympics song removed by Youtube after copyright claim*, August 6, 2015. Available at <http://www.worldipreview.com/news/beijing-olympics-song-removed-by-youtube-after-copyright-complaints-8714>

²⁵ Estes, Adam Clark for Gizmodo, *Ashley Madison is sending out bogus DMCA Takedown notices*, August 20, 2015, <http://gizmodo.com/ashley-madison-is-sending-bogus-dmca-takedown-1725372969>

²⁶ Retraction Watch, *Fight against false copyright claims go to Capitol Hill*, March 14, 2014. Available at <http://retractionwatch.com/2014/03/14/fight-against-false-copyright-claims-goes-to-capitol-hill/>

mes de marzo de 2014 describiendo la gravedad del problema para las empresas con escasos recursos legales y la lesión a la libertad de expresión que irremediablemente causan estos abusos. El párrafo que se transcribe a continuación expone a la DMCA en la práctica y relata acabadamente el impacto económico y operativo que provocan los desvíos del sistema.

“Having one in house lawyer (me) and this small team to address copyright issues puts us miles ahead of the majority of internet startups who are much smaller than Automattic, but who are also subject to the same DMCA regulations. I’d like to stress that a portion of the resources we put towards our DMCA program are aimed at combating the shortcomings of the notice and takedown system. For example, we spend significant effort reviewing and trying to weed out overbroad and abusive DMCA takedown notices, so that our users’ speech isn’t needlessly censored. This is a real cost to us, and diverts resources from more productive uses, like improving the products and services we offer our customers. Though the system generally works in practice, we see, first hand, several shortcomings with the DMCA’s copyright enforcement system. In particular, the DMCA doesn’t adequately protect important fair uses of content online and doesn’t provide a level playing field for individuals who want to counter takedown notices they receive against their content. Importantly, the system fails to penalize abusive and fraudulent DMCA takedown requests. I can attest to how these flaws in the DMCA system place real burdens on us as an internet service provider, and more importantly, on the free expression rights of the many individuals who trust our services to help them run businesses, publish journalism or express their voices to the world.”²⁷

Auto censura de “Chilling Effects”: Otro caso notorio por la profunda contradicción que dejó expuesta fue la un proyecto creado por el Berkman Center de la Universidad de Harvard con el objetivo de transparentar las solicitudes de remoción de contenido y prevenir el uso abusivo de la DMCA. No obstante, fue un reclamo por copyright iniciado por la Copyright Alliance -que calificó al Proyecto de “repugnante” -argumentando que la página de Chilling Effects remitía a contenido infractor al publicitar las solicitudes de remoción- lo que motivó que “Chilling Effects”, irónicamente, debiera dar de baja su página web por un periodo de tiempo.

Comentando este caso, The Verge advierte que *“Of course, it should come as little surprise that people and corporations have tried to use DMCA takedowns for illegitimate reasons. Most recently, The Sunday Times tried to use DMCA to block criticism of one of its articles, and GoPro was accused of trying a similar tactic to cut down on negative reviews.”²⁸*

Sunday Times v. The Intercept: otro caso notorio fue una solicitud de remoción de contenido que realizó el diario “The Sunday Times”, irónicamente, contra otro diario –“The Intercept”, un competidor-argumentando ser titular de los derechos sobre una foto publicada por dicho competidor. En realidad, la cuestión de fondo fue, presumiblemente, una nota escrita por Glenn Greenwald²⁹, el periodista que dio a conocer el caso “Snowden”, en la cual realizaba serias acusaciones de falsedad y distorsión de la realidad, respecto de la cobertura que “The Sunday Times” había dado recientemente al caso.

Este es el comentario que se realiza en el blog de Chilling Effects en relación con este caso: *“When ‘The Intercept’ was first conceptualized to report on the leaked NSA documents and to ‘produce fearless, adversarial journalism across a wide range of issues’, little did its editors suspect that attempts to ‘chill’ its work would come from rival journalistic publications and not the government agencies whose practices they actually wrote about (and, more often than not, criticized). But this is exactly what happened on June 15, 2015. First Look Media, the US-based publisher of ‘The Intercept’ received a DMCA takedown notice from Times Newspapers Limited – which publishes The Times and The Sunday Times – for copyright infringement for the former’s publication of a screengrab of the Sunday Times front page...Whatever, be the provocation, it would seem that the Sunday Times’ strategy is set to spectacularly backfire. The screengrab used by the Intercept while does depict copyrighted content in the form of Sunday Times’ journalistic writing and page-design/layout, would seem to clearly seem to fall within the bounds of the ‘fair-use’ doctrine under US law. Section 107 of the Copyright Act contains the*

²⁷House of Representatives Committee on the Judiciary Subcommittee on Courts, Intellectual Property, and the Internet, Testimony of Paul Sieminski General Counsel Automattic Inc., March 2014, available at: http://judiciary.house.gov/_cache/files/b343eabe-0bf1-44e9-8c85-b3478892b8e1/031314-testimony---sieminski.pdf

²⁸ Dante D’Orazio, The Verge, *Twitter is deleting stolen jokes on Copyright grounds*, July 25, 2015, <http://www.theverge.com/2015/7/25/9039127/twitter-deletes-stolen-joke-dmca-takedown>.

²⁹ Glenn Greenwald, https://es.wikipedia.org/wiki/Glenn_Greenwald

exceptions to infringement of copyrighted works (emphasis supplied): § 107. Limitations on exclusive rights: Fair use Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright.”³⁰

“The dancing baby” Lenz v. Universal Music³¹: es el caso paradigmático del abuso de la DMCA y luego de 8 (!) años de litigio, significó una enorme victoria para los que hacen advocacy por un balance entre DMCA y Fair Use. El caso roza el ridículo, ya que fue un litigio iniciado por la empresa Universal Music reclamando daños y perjuicios por una canción que se oía como música de fondo de un video casero, de alrededor de 29 segundos de duración, en el que se ve a un bebé bailando. Universal inicia un reclamo por DMCA que obliga a Youtube a dar de baja el video, y la autora del video, patrocinada por la Electroni Frontiers Foundation decide litigar el caso, argumentando que universal debe pagarle daños y perjuicios por no haber balanceado su derecho a “fair use” antes de iniciar el reclamo por DMCA. Finalmente, en Septiembre de 2015, la Corte Federal de Apelaciones de San Francisco le dio la razón a la autora del video, declarando que: “Fair use is not just excused by the law, it is wholly authorized by the law,”. Este concepto, que transforma el Fair Use de una defensa a una autorización, provoca que la parte que reclama deba hacer un análisis ex-ante, previo al reclamo y no, que deba ser objeto de defensa por parte de quien publicó el contenido, cuando éste ya ha sido removido.

Es un giro de 365 grados en el funcionamiento de la DMCA ya que re-equilibra el costo del reclamo. Ahora el titular del derecho debe considerar cuanto puede costarle un reclamo erróneo o abusivo. Considerando que el análisis del Fair Use es complejo, será un factor restrictivo de reclamos.

Conclusión

El IASHR, si bien está primariamente dirigido a imponer obligaciones a los Estados, también ha hecho referencia a los Intermediarios de Internet y a los estándares que éstos deberían cumplir como vehículos de libertad de expresión.

Si bien no ha ahondado demasiado en el tema, el Reporte Anual de la RELE “Freedom of Expression and Internet” (2013)³², citado en el capítulo anterior, dio algunas pautas:

En particular, “los actores privados deben establecer e implementar condiciones de servicio que sean transparentes, claras, accesibles y apegadas a las normas y principios internacionales en materia de derechos humanos, incluyendo las condiciones en las que pueden generarse interferencias con el derecho a la libertad de expresión o a la privacidad de los usuarios”.

Es decir, en defensa de la Libertad de Expresión, el IASHR en primer lugar limita a los Estados al impedirles imponer a los Intermediarios mecanismos de remoción privada de contenidos, exigiendo siempre la orden judicial o de una autoridad similar. Admite como única excepción a la orden judicial las ya previstas en el Artículo 13 de la Convención. Claramente ha dicho la RELE que los mecanismos de remoción de contenidos extra-judiciales vulneran la libertad de expresión y los artículos 8 y 25 de la Convención.

Pero además, la IACHR ha comprendido el rol fundamental que cumplen los Intermediarios como vehículos de libertad de expresión de sus usuarios. Sin los Intermediarios, la Internet no sería la poderosa herramienta de comunicación que es hoy y es por ello, que la IACHR también requiere de éstos ciertos esfuerzos en preservar el discurso de los usuarios.

Es decir, el esquema correcto de protección de la libertad de expresión en relación con los Intermediarios es una ley que limite su responsabilidad al daño que ellos mismos puedan generar (no remover el contenido a tiempo luego de ser declarado ilegítimo por un juez) y no al que generan terceros con sus contenidos. Esta ley debe fundarse en un estándar de responsabilidad subjetiva, único posible ya que la IACHR le cerró el paso a los esquemas de responsabilidad objetiva por ser contrarios al Artículo 13. La negligencia solo podría ocurrir desde el momento en que es notificado por

³⁰ The Chilling Effects Project, https://chillingeffects.org/blog_entries/759

³¹ *Lenz v Universal Music Corp*, Nos. 13-16106, 13-16107, 2015 WL 5315388 (9th Circuit Sept. 14, 2015), available at <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2015/09/14/13-16106.pdf>

³² *Supra cit.* 4

una autoridad competente que el contenido cuestionado es infractor, en este caso, de la ley de propiedad intelectual.

Hasta que esta ley, que ya existe por ejemplo en Chile³³, se sancione en los países de América Latina, los Intermediarios deberían adaptar sus políticas a los estándares del IASHR.

El mecanismo de la DMCA no es el más recomendable. De todas maneras, debe hacerse aquí una salvedad. DMCA se aplica a los usuarios Argentinos, por ej. porque éstos los aceptan de forma contractual al aceptar los Términos y Condiciones.

Es decir, el mecanismo de remoción privado de contenido de la DMCA no es un mecanismo viable en Argentina en cuanto Estado Miembro del IASHR si se pretendiera imponerlo por vía legislativa. No obstante, es distinto si el usuario lo acepta voluntariamente de forma contractual.

En este sentido, la mejor conclusión que puede darse es citar a Jennifer Granick, profesora del Centro de Internet y Sociedad de Stanford y una de las pioneras del Derecho de Internet. Por supuesto, ha sido una firme defensora de la DMCA, pero también ha visto el daño causado. Actualmente, ha revisado su postura y afirma que:

“Laws such as the Computer Fraud and Abuse Act, the proposed U.S. rules and implementation of the Wassenaar Agreement, the Digital Millennium Copyright Act are as much to blame as society’s acceptance of the conveniences and centralization that governs today’s Internet, Granick said.

“I’m blaming governments, but I’m also blaming you and me,” Granick said. “The things we want are driving these trends....Get rid of the CFAA and DCMA. The public interest in the freedom to tinker needs to be protected.”³⁴

Parte II

Análisis empírico: la DMCA en los Términos y Condiciones de las empresas proveedoras de Servicios de Intermediarios de Internet

Los ejemplos descriptos reflejan el problema. La cuestión a dilucidar, entonces, respecto de la aplicación de la DMCA por parte de las empresas privadas que ofrecen servicios de internet en los países que han adoptado el Sistema Interamericano de protección de derechos humanos, es si ésta ley es suficiente para prevenir la remoción de contenido legítimo. También se analizarán las políticas de derecho de autor de empresas intermediarias de Internet regionales a fin de identificar si replican el mecanismo de DMCA o se apartan del mismo, y comparar ambas soluciones.

A este fin el CELE encuestó a varios intermediarios a fin de solicitarles información sobre sus políticas y prácticas (en Argentina o regionales, según el alcance se las mismas) relacionadas con la remoción de contenido generado por usuarios, sujeto a derechos de autor.

De las empresas encuestadas, solo respondió una empresa local que provee almacenamiento de contenido en cuentas de usuarios, y una red social que remitió a sus políticas ya publicadas sin responder específicamente a las preguntas. Por ello, el CELE no podrá conocer las prácticas reales del mercado y deberemos confiar en que estas empresas del sector privado hacen aquello que indican en sus políticas.

Política de Propiedad Intelectual de Facebook. Aspectos Relevantes

- FB se reserva el derecho de remover proactivamente el contenido infractor
- FB se reserva el derecho de cancelar la cuenta del usuario infractor
- FB promueve el contacto directo entre los usuarios para resolver el problema antes de iniciar formalmente un reclamo
- El formulario para hacer el reclamo:
 - Es fácil de ubicar
 - Esta estructurado en base a los requisitos de DMCA

³³ Ley 17.336, República de Chile. Available at <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28933>

³⁴ Mimoso Michael, The ThreatPost, *Granick: Dream of Internet Freedom “dying”*, August 5, 2015. Available at <https://threatpost.com/granick-dream-of-internet-freedom-dying/114140/>

- Distingue entre reclamos de titulares de derechos de autor residentes en los Estados Unidos o en otro país. No obstante, el mecanismo para reclamar es el mismo
- Advierte a los usuarios sobre las consecuencias legales, tanto bajo DMCA como bajo otras leyes o jurisdicciones- de iniciar un reclamo que contenga “misrepresentations”, a las que no define.
- Advierte que no es lo mismo ser “nombrado” o “aparecer” en un contenido que ser titular de un derecho de autor y clarifica que el formulario solo debe ser utilizado para reclamos por derechos de autor.
- No hay un link directo para enviar una contra-notificación.
- La contranotificación solo les es garantizada a aquellos usuarios a quienes se les removió contenido bajo DMCA. A aquellos a quienes se les removió contenido en otra jurisdicción, FB les informa los datos de contacto del reclamante para que resuelvan el problema de forma particular.

Política de Propiedad Intelectual de Twitter. Aspectos Relevantes

- TW se reserva el derecho de remover proactivamente el contenido infractor
- TW se reserva el derecho de cancelar la cuenta del usuario infractor
- Explica a los usuarios el concepto de “Fair Use”
- Aclara que la Parodia, los comentarios y las cuentas de “fans” no son cuestiones de derecho de autor
- Advierte la diferencia entre ser titular de una imagen y ser titular de un derecho de autor.
- Advierte sobre la “misrepresentación” y menciona dos casos judiciales famosos en Estados Unidos como ejemplo
- Menciona como acciones posibles en relación con el contenido la remoción, la inhabilitación y la restricción al acceso al contenido, con lo cual parece existir cierta evaluación para imponer una medida u otra
- Advierte que la solicitud de remoción será enviada a Chilling Effects
- Advierte a los usuarios que no re-publiquen un contenido previamente removido, ya que el mecanismo adecuado es la contra-notificación.
- Exige a quienes realizan una contra notificación que declaren bajo juramento que de buena fe consideran que el contenido fue removido “por error o misidentificación”

Política de Propiedad Intelectual de Google. Aspectos relevantes

- Google cierra las cuentas de los infractores reincidentes de acuerdo con el proceso establecido en la ley estadounidense de protección de los derechos de autor (U.S. Digital Millennium Copyright Act).
- Solicita una notificación individual por cada producto en el que se encuentre material infractor
- Google se reserva el derecho de:
 - Enviar una notificación a Chilling Effects
 - Enviar la notificación original al presunto infractor o al titular de los derechos en caso de “sospechar de la validez de tu reclamación.”
 - Publicar información similar a la procedente de la notificación en su informe de transparencia
- El formulario pregunta en el comienzo si el usuario esta intentando enviar una notificación o una contranotificación.
 - Si se realiza una notificación, el formulario pregunta si quien realiza el reclamo es el titular del derecho de autor.
 - Si la respuesta es negativa, se informa al reclamante que DMCA es solo para reclamos de propiedad intelectual
 - Si la respuesta es positiva, permite continuar el reclamo sin advertir sobre el uso correcto de DMCA.
 - Si se selecciona la opción contranotificación, se informa al usuario sobre las consecuencias de contranotificar de mala fe; no brinda la misma información en relación con la notificación (la redacción de la DMCA solo requiere una declaración sobre la Buena fe del reclamo pero no advierte sobre las consecuencias del reclamo de mala fe)

Política de propiedad intelectual de Yahoo (Flickr). Aspectos Relevantes

- Yahoo se reserva el derecho de cancelar la cuenta del usuario que sea infractor reincidente y también de cualquier usuario que este infringiendo PI o que aparente hacerlo

- Yahoo recomienda no cargar ningún contenido que no sea de propiedad del usuarios.
- En caso de violación a la propiedad intelectual, recomienda como primer paso comunicarse directamente con el presunto infractor a través de Flickr correo antes de emitir una Notificación de infracción, que es distinta al formulario online de DMCA (parecería que puede utilizarse uno u otro).
- Yahoo se reserva el derecho de reenviar la notificación al titular de la cuenta que subió el contenido y a Chilling effects
- Yahoo permite que cualquier suscriptor o titular de una cuenta pueda pedir copia de una notificación
- La contranotificación parece estar disponible solo para DMCA aunque Yahoo aclara "(or if the address provided by you is outside the United States, you consent to the jurisdiction of the Federal District Court for any judicial district in which Yahoo may be found)"

Política de Propiedad Intelectual de Reddit. Aspectos relevantes

- Provee solo una descripción básica de una notificación DMCA y de la contranotificación
- Establece una política de cancelación de las cuentas de infractores reincidentes.

Política de Propiedad Intelectual de OLX. Aspectos Relevantes

- Se reserva el derecho de eliminar contenido contrario a sus políticas o a su discreción
- Advierte que removerá cualquier contenido que viole derechos de autor ante la mera notificación
- Tiene una política de bloqueo del sitio de un infractor recurrente en caso que logre determinar que es la misma persona
- OLX remite a la DMCA para la notificación y exige sus requisitos
- Tiene un agente designado para reclamos DMCA
- OLX incluye ciertas multas tarifadas para algunos casos

Política de Propiedad Intelectual de ML

ML ha establecido un Programa (no un mecanismo).

- Los participantes del PPPI o quienes sean titulares de derechos podrán identificar y solicitar la remoción de aquellos artículos que a su criterio infrinjan o violen sus derechos
- ML se reserva del derecho de tomar medidas contra la actividad infractora
- ML enumera entre los productos cuya publicación prohíbe por afectar la propiedad intelectual, por ejemplo, los Torrents (que per se, no vulneran la propiedad intelectual)
- ML especifica que solo el titular o apoderado del titular del Derecho de Propiedad Intelectual, estará habilitado para adherirse al Programa. Sin embargo, si consideras que un artículo está infringiendo los Términos y Condiciones o alguna ley vigente, podrás reportarlo desde la página del artículo.
- ML pone a disposición del denunciante los datos personales del autor del contenido presuntamente infractor. Esto es parte de sus términos y condiciones porque lo que existiría consentimiento del usuario que publicó el contenido.

Parte III

Recomendaciones preliminares a los proveedores de Servicios de Intermediarios en Internet para adecuar sus políticas y prácticas a los requisitos de protección de la libertad de expresión del IASHR

1) Instructivo y cuestionario previo al reclamo de remoción de contenido

Antes de que el reclamante pueda completar el formulario para denunciar la presunta infracción, deberá leer un instructivo y responder algunas preguntas. El instructivo explicaría:

- a. La legitimación en temas de Copyright
- b. La diferencia entre ser titular de un derecho de autor y ser titular del derecho a la propia imagen.
- c. Que se considera abuso del procedimiento de DMCA y cuales son las sanciones. En este sentido, debe quedar claro que no solo el infractor de los derechos de propiedad intelectual sino quien formule denuncias abusivas tendrán sanciones como la

cancelación de la cuenta. En este caso, deberían incorporarse ejemplos de casos jurisprudenciales, como por ejemplo Lenz v. Universal.

- d. Las excepciones que contemple la ley local en relación al alcance de la protección de derecho de autor. No debería dejarse a criterio de quien solicita la remoción determinar que está o no protegido por el derecho de autor. Debería instruirse al usuario a que concurra a un abogado para determinar si su caso está o no dentro de las excepciones.

Dentro de las preguntas orientativas, el reclamante deberá responder:

- a. Si es un funcionario público, o una persona pública, o si cree de buena fe que la imagen o contenido audiovisual cuya remoción pretende no es un tema de interés público. Si es un funcionario público, o el material corresponde a una agencia gubernamental, el reclamante debe declarar bajo juramento que la cuestión involucrada no es de interés público y que el reclamo tiene como única finalidad remover una obra creativa cuyos derechos están siendo infringidos.
- b. Deberá afirmar que de buena fe considera **que el material cuya remoción pretende no corresponde a una denuncia por la comisión de un delito. Esto a fin de proteger a los “whistleblower”**.

2) Procedimiento de contra-notificación permanente y generalizado

El intermediario debe garantizar un procedimiento de contra-notificación efectivo, sea cuando la remoción se solicite por DMCA o cuando la misma proceda por la legislación de propiedad intelectual de un país que haya adherido al sistema interamericano de Derechos Humanos. Si el intermediario no desea mediar en la contra-notificación, no estando obligado por ley, deberá proporcionar a quien deseen contra-notificar todos los datos del denunciante. Además, debería ser sencillo ubicar dentro de los Términos y Condiciones el procedimiento de contranotificación, idealmente, seguido al formulario de notificación de la infracción.

3) Remoción limitada a la parte presuntamente infractora del material

La remoción o el bloqueo debería limitarse exclusivamente al contenido ilegítimo. Por ejemplo, si un material audiovisual utiliza contenido infractor, debe bloquearse solo la parte donde aparezca ese contenido, y mantener el resto. Igualmente si se trata de un blog, un comentario o el material que fuera. El denunciante deberá especificar exactamente como ubicar la parte infractora de un contenido parcialmente no infractor.

4) Solicitud de remoción individualizadas por productos o servicio y por material

El Intermediario de Internet que ofrezca más de un producto, debe solicitar que se efectúe un reclamo separado por cada producto. Esto tiene por finalidad evitar que exista un efecto de censura más amplio que el que el propio titular del derecho pretendió. También se logra que el titular del derecho se haga responsable de cada remoción de contenido que solicita.

5) Revisión externa de las solicitudes de remoción

Todos los intermediarios que apliquen la DMCA o permitan la remoción de contenidos por vulneración de la propiedad intelectual deberían simultáneamente generar acuerdos con universidades u organizaciones no gubernamentales, al estilo “chilling effects”, para permitir establecer algún proceso de auditoría o control para determinar el porcentaje de desvíos y el impacto que estos desvíos –aún si fueran pocos- Preveer o establecer un mecanismos revisor, aunque sea externa. Algún tipo de auditoria También debería permitirse que cualquier usuario pueda acceder a una copia de la notificación en la que se solicita la remoción de un contenido.

6) Contra-notificación automática a solicitud del usuario que publicó el contenido

El intermediario debería brindar la posibilidad de que el usuario que publicó el contenido lo identifique como “contenido de interés público”.

En los casos que el usuario que publicó el contenido lo hubiera marcado de esta forma, la contra-notificación al usuario que solicita la remoción se haría de forma automática. Además, permitiría informar a quien realiza la solicitud de remoción, también de forma automática, que ese contenido fue marcado por quien lo publicó como de “interés público”.

7) No proveer a quien solicita la remoción de contenido ningún dato personal de los usuarios que publicaron el contenido.

Esto es fundamental para proteger la confidencialidad de las comunicaciones y para que la DMCA no sea utilizada como un mecanismo para obtener datos que puedan conducir a conductas más gravosas para quien publicó el contenido. Esto atentaría seriamente contra la libertad de expresión.

Si bien es positivo que el intermediario intente que exista un contacto entre las partes previo al reclamo formal, esto debería realizarse a través de un mecanismo automatizado que no le revele al reclamante ningún dato personal de quien publicó el contenido infractor. Esto es crucial para proteger la seguridad en casos en que un funcionario público o un tema de gobierno puedan estar involucrados

8) Requisitos simétricos para notificar y contra-notificar

DMCA requiere al titular del derecho una simple declaración sobre su buena fe en la creencia que el uso del material denunciado no es autorizado por su titular.³⁵

No obstante, a quien contra notifica se le exige que declare bajo juramento que considera que el contenido fue removido por “mistake or misidentification”³⁶. Esto contiene una seria asimetría perjudicial para la libertad de expresión.

Mientras que quien remueve contenido no tiene ninguna sanción por solicitar una remoción de contenido sin fundamentos (más allá de lo dispuesto en el artículo ...), quien contra notifica para reponer el material corre el riesgo de cometer perjurio. El incentivo de la DMCA está puesto en desalentar las contra notificaciones.

Lamentablemente esta es la forma en que la DMCA está redactada. De todas formas, debe analizarse si este requisito puede ser considerado válido en otras jurisdicciones del Sistema Interamericano.

9) Bloqueo por reincidencia solo si se demuestra la identidad del infractor

El bloque para infractores reincidentes no debería hacerse de oficio, sino a pedido del titular del derecho. Para esto, el titular del derecho presuntamente infringido debería demostrar que se trata del mismo usuario en caso que haya publicado con distintas cuentas. De lo contrario, la sanción por reincidencia solo procede en relación con la misma cuenta, no por dirección IP.

10) Publicación de “Informes de Transparencia” de los que surja la indentidad de los individuos que solicitan remoción de contenido: conocer los datos indentificatorios de quienes realizan solicitudes de remoción de contenido por DMCA es una herramienta de control para que los interesados o la sociedad civil puedan evaluar dichas solicitudes y analizar si puede existir algún otro intereses oculto además de la remoción de contenido, en particular si los contenidos son de interés público.



³⁵ DMCA 17 USC Section 512 (c)(3) (A) (v) “A statement that the complaining party has a good faith belief that use of the material in the manner complained of is not authorized by the copyright owner, its agent, or the law.”

³⁶ DMCA 17 USC Section 512 (g) (3) (C): “A statement under penalty of perjury that the subscriber has a good faith belief that the material was removed or disabled as a result of mistake or misidentification of the material to be removed or disabled.