



BEATRIZ BUSANICHE

Presidente de la Fundación Vía Libre. Fundadora de Wikimedia Argentina e integrante de la red de Creative Commons a nivel global. Es docente en grado y posgrado en la Universidad de Buenos Aires en las facultades de Ciencias Sociales, Filosofía y Letras, Derecho y Ciencias Económicas. También, es titular de la Cátedra de Derecho a la Cultura en la Facultad de Ciencias Económicas de UBA y de la Cátedra de Propiedad Intelectual y Derechos Humanos en la Maestría en Propiedad Intelectual de Flacso. Licenciada en Comunicación Social de la Universidad Nacional de Rosario, Magister en Propiedad Intelectual de Flacso y Candidata al Doctorado en Ciencias Sociales en FLACSO Argentina.

Efecto censura el uso de la DMCA en plataformas de redes sociales como mecanismo de control del discurso público. Una perspectiva desde los usuarios en América latina.

RESUMEN

En el debate abierto sobre las tensiones emergentes de la relación entre propiedad intelectual y libertad de expresión siempre aparece la figura clave de la Digital Millennium Copyright Act (DMCA) de los EEUU. Esta norma regula el funcionamiento de las plataformas que offician de intermediarias de Internet e impacta en todos los países donde esas empresas operan. Las cláusulas de 'notificación y baja' se aplican a nivel global y se han convertido en un nuevo estándar de funcionamiento con impacto directo en países con regulaciones diferentes en materia de propiedad intelectual. Este trabajo recorre la situación normativa de la región, con particular énfasis en Argentina, Chile y Uruguay e identi-

fica derechos de usuarios y usuarias de redes sociales, en particular en relación a noticias de interés público. Finalmente, concluye en la necesidad de establecer mecanismos más claros y eficientes de reclamo para que las plataformas atiendan de manera apropiada los derechos de sus usuarios frente a usos abusivos de la norma de notificación y baja de la DMCA.



PALABRAS CLAVE

- DMCA
- Copyright
- Notificación y Baja
- Puerto Seguro
- Abuso de DMCA
- Libertad de Expresión
- Acceso a la Información
- Debido Proceso
- Derechos de los Usuarios
- Responsabilidad de Intermediarios

1. A los fines previstos en este trabajo sólo nos vamos a referir a las empresas de Internet radicadas en los EEUU, sin olvidar que en Asia, en particular en China, existen empresas de servicios de igual o mayor magnitud e impacto en proporción al número de usuarios y suscriptores que presentan problemáticas particulares en relación al tema abordado en este texto. Al considerar el alcance de este artículo y su enfoque en América Latina vamos a dejar de lado la inclusión de las empresas denominadas BAT (Baidu, Alibaba, Tencent) de origen Chino y nos vamos a centrar en las Big Tech de los EEUU, en particular, en las empresas de redes sociales y buscadores que operan bajo la regulación de la DMCA.

2. Para más información véase www.wipo.int (Visitado el 27 de octubre de 2020)

3. Véase <https://www.archives.gov/espanol/constitucion> (visitado el 27 de octubre de 2020)

4. Convenio de Berna disponible en <https://wipolex.wipo.int/es/details.jsp?id=12214> (visitado el 27 de octubre de 2020)

TRAYECTO HISTÓRICO

“When old laws do not fit and cannot easily be adapted, it may be necessary to go back to first principles and consider how to preserve social and cultural values in the new context of the Internet” (Samuelson, 2000).

La historia de la disputa por la regulación de copyright en Internet tiene largos capítulos y varias décadas, es incluso un tema que trasciende la difusión masiva del acceso a Internet en múltiples regiones del mundo. Regulaciones sobre este tema ya se debatían y adoptaban aún cuando el acceso a Internet era un tema casi exclusivo de los sectores académicos y estaba muy lejos de tener la penetración y el impacto que tiene hoy en pleno 2020.

Para delinear el trayecto histórico de las regulaciones de copyright adaptadas a Internet es indispensable evaluar procesos legislativos y judiciales ocurridos varias décadas atrás. Sin lugar a dudas, el epicentro de esta normativa es EEUU de Norteamérica, país del que son oriundas las principales empresas de Internet que tienen impacto en Occidente¹. Pero no es el único, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) tiene un rol central en las políticas que impactarían sobre las regulaciones de Internet en las primeras dos décadas del Siglo XXI. La OMPI es una de las agencias especializadas de Naciones Unidas con sede en Ginebra. Fue establecida por la Convención de Estocolmo en 1967 y entró en vigencia en 1970 con una especialización en el campo de la propiedad intelectual. Su meta principal es promover el respeto de las normas que regulan los bienes intangibles tales como patentes,

marcas y derechos autorales, a través de la promoción de la cooperación intergubernamental, la administración de los derechos de propiedad intelectual y el mantenimiento y creación de tratados internacionales.²

La arquitectura propia de Internet ha complicado la tradicional aplicación de la regulación de copyright en los EEUU. La Constitución de los EEUU, en su cláusula del progreso establece que ‘con el fin de promover las artes y las ciencias útiles, el Congreso podrá otorgar a autores e inventores monopolios limitados en el tiempo’³. El concepto de monopolio de copia es central a la regulación de Copyright, por lo que la capacidad de controlar las copias se vuelve el instrumento esencial de la aplicación de la norma. Internet impacta seriamente en esa posibilidad. Las leyes de copyright existentes en pleno Siglo XX resultan de difícil cumplimiento cuando se trasladan a un entorno cuya principal función técnica es justamente la copia.

Es por esa razón que los países miembros de la OMPI negociaron y aprobaron, ya en la década del 90 del siglo pasado, dos tratados de copyright y derechos conexos que hoy son conocidos como ‘Los tratados de Internet de OMPI’. Se trata del Wipo Copyright Treaty (WCT) y el Wipo Performances an Phonograms Treaty (WPPT). Estos acuerdos son considerados como actualizaciones y complementos de la Convención de Berna, vigente desde 1886. Los tratados de Internet fueron aprobados en 1996 y tuvieron impacto inmediato en las regulaciones de los EEUU y Europa.

Muchos de los aspectos centrales de los Tratados de Internet son extensiones de cláusulas ya existentes en Berna⁴. De la misma manera, el WCT y el WPPT regulan expresiones y no ideas, métodos de operación u operaciones matemáticas,

el trato nacional típico de cualquier tratado de esta naturaleza, los derechos de distribución entre otros aspectos que derivan del sistema vigente previamente. Una novedad que trae aparejada el WCT es que incorpora la extensión de la cobertura legal a programas de cómputo y bases de datos, en términos similares a lo ya previsto en los Acuerdos sobre Aspectos de Propiedad Intelectual aplicados al Comercio (ADPIC) en el ámbito de la Organización Mundial de Comercio (OMC).⁵ A su vez otros aspectos como el derecho de renta y la puesta a disposición del público aparecen entre las actualizaciones de los tratados OMPI.

Aparecen además algunos temas que generaron diversas controversias con las legislaciones nacionales y que en muchos casos no parecen de sencilla implementación: los derechos sobre las copias efímeras (las copias transitorias indispensables para el funcionamiento de la web, por ejemplo), la cobertura legal sobre las medidas técnicas de restricción de copia (TPMs) y la responsabilidad de las empresas intermediarias de Internet marcan los puntos clave de los novedosos tratados de Internet (Sheinblat, 1998).

La primera reacción de las empresas de Internet en los EEUU fue de preocupación ante la posibilidad de ser consideradas responsables sobre las potenciales infracciones de las personas usuarias de las plataformas. La incorporación del artículo 8 del WCT y el Derecho de Comunicación al público supuso un nuevo desafío para las empresas de Internet, ya que hasta entonces la Convención de Berna no incorporaba este tipo de derechos exclusivos.⁶

Para aquellos primeros años de este trayecto histórico, los tribunales se habían negado a encontrar responsables a las plataformas sobre infracciones de sus

usuarios si no tenían suficiente conocimiento de la misma. Sin embargo, la posibilidad de atribuir responsabilidad directa a las plataformas si los usuarios cometían infracciones a la ley de copyright aparecía como una posibilidad cierta, tal como quedó de manifiesto en el caso *Playboy Enterprises, Inc. V. Frena* (1993).⁷

La jurisprudencia previa a la DMCA fue variando. En *Religious Technology Center v. Netcom On- Line Communication Services, Inc.*, (1995)⁸ la demanda no prosperó, pero quedó de manifiesto la inseguridad jurídica en la que se estaban moviendo los servicios de intermediación fundamentales para el funcionamiento de Internet en la década del 90 en los EEUU.

Finalmente, en 1998 el Congreso de los EEUU tomó cartas en el asunto y avanzó con una regulación para implementar en su territorio los principios consagrados en los Tratados de Internet de OMPI: la Digital Millennium Copyright Act.

La Ley de Copyright para el milenio digital estableció una serie de pautas que marcarían la impronta del desarrollo de las empresas de Internet basadas en los EEUU y con ellas, buena parte del diseño regulatorio en los países donde estas empresas operan. Firmas como Google, Facebook y Twitter maduraron en sus negocios a la luz de la DMCA y desarrollaron mecanismos diversos y eficientes de aplicación de la norma.

¿Cuáles son las obligaciones que las empresas tienen en el marco de la DMCA?

La ley de copyright para el milenio digital genera un marco denominado safe harbor o puerto seguro para las empresas en tanto operen de manera eficaz ante un reporte de infracción de copyright por parte de sus usuarios. En el marco de

5. Véase WIPO Copyright Treaty, art. 4 en https://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295166#P56_5626 (visitado el 27 de octubre de 2020)

6. Idem Art. 8

7. En *Playboy Enterprises, Inc. V. Frena* (1993) la Corte del Distrito de Florida consideró que el uso de fotografías no autorizadas en un Bulletin Board Service (BBS) era una infracción de Copyright. Frena indicó que nunca había subido las fotografías de Playboy al BBS y que lo habían hecho los usuarios. Argumentó además que ni bien notó el hecho dio de baja las fotografías y monitoreó el servicio para que no fueran subidas otras fotografías de los demandantes. Esta defensa no fue suficiente y Frena fue encontrado culpable por disponibilizar un servicio donde se encontraban materiales en infracción de copyright.

8. Véase <https://www.courtlistener.com/opinion/2249916/religious-tech-center-v-netcom-on-line-comm/> (visitado el 29 de Octubre de 2020)

las plataformas basadas en contenidos generados por usuarios, el mero reporte genera en las plataformas la obligación de dar de baja un contenido en supuesta infracción.

A eso se suma que las empresas más grandes, entre las que se destaca Google y su división Youtube han desarrollado acuerdos con las industrias del entretenimiento y sistemas automatizados de detección de repertorios. La implementación por parte de la firma de su sistema de Content-ID⁹ generó el antecedente más cercano a la nueva directiva de copyright de la Unión Europea aprobada en abril de 2019 y los denominados Copyright Bots de detección automatizada de obras y notificación, baja y 'stay down'.

Sin embargo, es importante destacar que la regulación de copyright de los EEUU contempla diversos usos justos de las obras y por lo tanto, no todas las reproducciones constituyen infracciones a la ley en el entorno de Internet.

basadas en limitaciones y excepciones taxativas al derecho de autor. Si algo no está explícitamente permitido por ley, entonces está prohibido. Las legislaciones latinoamericanas se caracterizan por ser más rígidas en términos de derechos de los usuarios que las anglosajonas.

No existe en la región nada siquiera parecido a una DMCA. Algunos países han actualizado sus normativas y adaptado las leyes a los compromisos asumidos con la OMPI y la OMC. En algunos casos, como el de Brasil, se llegó a discutir una reforma importante al derecho de autor en paralelo a la construcción del Marco Civil de Internet, momento en el que se incorporó una cláusula sobre responsabilidad de intermediarios y protección del discurso público que explícitamente dejó afuera la cuestión del derecho autoral (Lemos, et al, 2016).¹⁰

En relación a la responsabilidad de los intermediarios de Internet, las normativas latinoamericanas son dispares, pero podríamos afirmar que aún no existe un sistema lo suficientemente maduro de regulación de las plataformas. Es importante destacar que además se mezclan asuntos de diversa naturaleza.

Un caso paradigmático es la situación en Argentina, país en el que aún no existe una regulación clara sobre la responsabilidad de los intermediarios de Internet. Con un proyecto de ley que preveía una atribución de responsabilidad subjetiva a las plataformas hasta tanto recibieran una notificación fehaciente, el poder legislativo argentino trató de responder a las múltiples demandas de sectores que trabajan en temas vinculados a derechos personalísimos, derecho a la imagen, la honra y la reputación junto al lobby de la propiedad intelectual, que bregó sistemáticamente por la creación de un sistema de notificación y baja al



LAS LEGISLACIONES EN AMÉRICA LATINA

Las legislaciones de derecho de autor en América Latina están basadas en un marco jurídico diferente del anglosajón. En la región, las normas de derechos de autor están basadas en el derecho continental europeo (Lipszyc, 2006). La diferencia más importante entre ambos marcos normativos, en un sentido estrictamente práctico es que en nuestros países no se aplica la misma doctrina de uso justo sino que existen flexibilidades

9. Véase <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=en> (visitado el 29 de octubre de 2020)

10. Finalmente, al tan debatida reforma al derecho autoral que fue impulsada por Gilberto Gil primero y Juca Ferreira después a cargo del Ministerio de Cultura de Brasil durante las gestiones presidenciales de Lula da Silva y Dilma Rousseff se frustró por la falta de acuerdos fundamentales entre las distintas partes interesadas.

estilo DMCA.¹¹

En el caso María Belén Rodríguez c/ Google y Yahoo que llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 2014, en su fallo favorable a los buscadores, el más alto tribunal estableció un régimen de responsabilidad subjetivo con un rechazo in limine a la pretensión de los abogados de Rodríguez de consagrar responsabilidad objetiva sobre los buscadores. “No corresponde juzgar la eventual responsabilidad de los “motores de búsqueda” de acuerdo a las normas que establecen una responsabilidad objetiva, desinteresada de la idea de culpa. Corresponde hacerlo, en cambio, a la luz de la responsabilidad subjetiva.” (Considerando 15)

Luego, la Corte afirma que los “buscadores” no tienen una obligación general de “monitorear” (supervisar, vigilar) los contenidos que se suben a la red y que son provistos por los responsables de cada una de las páginas web. Y, sobre esa base, se concluye en que los “buscadores” son, en principio, irresponsables por esos contenidos que no han creado. Finalmente, expresa que “a la inexistencia de una obligación general de vigilar le sigue –como lógico corolario– la inexistencia de responsabilidad” (Rodríguez c/ Google, CSJN)

Esta doctrina se ha mantenido hasta el momento en Argentina, aunque la numerosa casuística en los diversos tribunales permite imaginar que pueda haber un cambio jurisprudencial en el futuro, en particular, a la luz de casos resonantes como el iniciado en el año 2020 por la Vice Presidenta de la Nación, Cristina Fernández de Kirchner c/ Google Inc.¹²

La legislación en Chile contiene una norma que sostiene que “[l]os prestadores de servicios referidos en los artículos precedentes no tendrán, para efectos

de esta ley, la obligación de supervisar los datos que transmitan, almacenen o referencien ni la obligación de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas (art.85 de la ley 17.336, modificada por la ley 20.435, de mayo del 2010)”.

En el capítulo III de la regulación chilena queda en claro que las empresas no serán responsables de los contenidos que produzcan y publiquen sus usuarios y que para gozar de la cláusula de indemnidad deberán cumplir con una serie de requisitos específicos entre los que se cuentan:

- A.** que no tenga conocimiento efectivo del carácter ilícito de los datos;
- B.** que no reciba un beneficio económico directamente atribuible a la actividad infractora, en los casos en que tenga el derecho y la capacidad para controlar dicha actividad;
- C.** que designe públicamente un representante para recibir las notificaciones judiciales a que se refiere el inciso final, de la forma que determine el reglamento, y
- D.** que retire o inhabilite en forma expedita el acceso al material almacenado de conformidad a lo dispuesto en el inciso siguiente.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene un conocimiento efectivo cuando un tribunal de justicia competente haya ordenado el retiro de los datos o el bloqueo del acceso a ellos y el prestador de servicios, estando notificado legalmente de dicha resolución, no cumpla de manera expedita con ella.

Con estas cláusulas establecidas en el año 2010, Chile elude el estándar DMCA y establece la orden judicial como ele-

11. Para ampliar la información sobre la posición de las cámaras empresarias y las entidades de gestión colectiva en Argentina en relación a la regulación sobre responsabilidad de intermediarios, véase <https://www.tiempoar.com.ar/nota/el-enganoso-discurso-del-lobby-de-la-propiedad-intelectual-en-el-congreso-nacional-opinion-por-beatriz-busaniche> (Visitado el 30 de octubre de 2020)

12. Véase <https://www.infobae.com/politica/2020/08/07/cristina-kirchner-demando-a-google-porque-figuro-como-la-drona-de-la-nacion-argentina/> (visitado el 30 de octubre de 2020)

mento legal para la baja de un contenido en infracción. Este debería ser el estándar en sociedades con niveles apropiados en relación a garantías de libertad de expresión, tal como han recomendado en forma conjunta el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP).¹³

En su apartado sobre Libertad de Expresión en Internet y Responsabilidad de Intermediarios indican que: “Debe considerarse la posibilidad de proteger completamente a otros intermediarios, incluidos los mencionados en el preámbulo, respecto de cualquier responsabilidad por los contenidos generados por terceros en las mismas condiciones establecidas en el párrafo 2(a). Como mínimo, no se debería exigir a los intermediarios que controlen el contenido generado por usuarios y no deberían estar sujetos a normas extrajudiciales sobre cancelación de contenidos que no ofrezcan suficiente protección para la libertad de expresión (como sucede con muchas de las normas sobre “notificación y retirada” que se aplican actualmente).”

Uruguay, por su parte, carece actualmente de una norma en ese sentido y enfrenta la posibilidad de incorporar una cláusula de tipo Notificación y Retirada integrada en el paquete legislativo del presupuesto 2021 que incluye cientos de artículos de diversas agendas propias de la gestión gubernamental. La propuesta está incluida en las disposiciones del

artículo 652 (en la versión a estudio en el Senado) del proyecto de Ley de Presupuesto en el que se otorga a la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones, URSEC, la facultad de adoptar medidas sancionatorias y preventivas tendientes a impedir la difusión de contenidos audiovisuales por razones de Derechos de Autor:

- “Artículo 652.- La difusión de contenidos audiovisuales que se realicen en violación de lo establecido en las Leyes No 9.739, de 17 de diciembre de 1937 (Ley Derechos de Autor) y No17.616, de 10 de enero de 2003, y sus modificativas, podrán ser sancionadas administrativamente. A estos efectos, se faculta a la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC) a adoptar medidas sancionatorias y preventivas de acuerdo a lo dispuesto a continuación y a la reglamentación que dicte el Poder Ejecutivo.
- La persona física o jurídica legitimada a tales efectos deberá presentar una denuncia fundada ante la Unidad Reguladora debiendo agregar, como mínimo,
- Los recaudos técnicos y jurídicos que la respalden, sin perjuicio del inicio de las acciones judiciales que pudieran corresponder.
- La Unidad Reguladora analizará la denuncia y podrá proceder a tomar medidas de carácter provisorio, preventivo, revocable y por un plazo no mayor a 30 (treinta) días corridos, tendientes a impedir la difusión de tales contenidos.”¹⁴

El impacto de una regulación de esta naturaleza en la libertad de expresión resulta elocuente. Más allá de cualquier legislación nacio-

¹³. Véase <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2>

¹⁴. Véase Proyecto de Presupuesto 2021 cursado al Senado Uruguayo <https://legislativo.parlamento.gub.uy/repartidos/camara/images/R0211-A02.pdf> (Visitado el 30 de octubre de 2020)

nal vigente en los países de la región y del estatus de la discusión en cada uno de los países, el uso masivo de plataformas cuya casa matriz se encuentra radicada en los EEUU y regulada por las normas vigentes en ese país, hace que la DMCA sea un estándar de facto en la región, ya que las empresas no discriminan origen ni legislación nacional vigente en el país de residencia de sus usuarios. Un reporte de DMCA supone la baja inmediata y en algunos casos incluso la suspensión definitiva de las cuentas de usuarios como veremos en el caso a continuación.



ESTUDIO DE CASO

Para ilustrar la problemática planteada en este artículo vamos a trabajar sobre un caso paradigmático de abuso de la notificación y baja con impacto directo en libertad de expresión. La plataforma de referencia del caso es Twitter inc. Y la cuenta en conflicto es el perfil del equipo de relatores de fútbol que hoy trabaja en Radio Nacional AM 870 de la República Argentina. Hablamos de una cuenta administrada por un community manager que refleja en las redes sociales la actividad del equipo de relatores liderado por el periodista uruguayo radicado en Argentina, Víctor Hugo Morales.

La cuenta @relatoresconvos fue creada en Twitter hace poco más de cuatro años y en una primera etapa servía exclusivamente para anunciar fechas y horarios de partidos de fútbol que los relatores iban a seguir a través de los medios de comunicación tradicionales donde trabajan. Sin embargo, desde hace dos años, con un cambio en la coordinación de la cuenta, la misma

pasó a tener una actividad mucho más nutrida, con imágenes de los relatos, interacciones con los y las fans de ese deporte y con equipos y jugadores de fútbol, generando así un cúmulo de seguidores y visibilidad destacado. La cuenta fue reportada bajo la cláusula de Notificación y Baja de DMCA en diversas ocasiones por supuestas infracciones de Copyright.

El primer reporte notificado a Fundación Vía Libre de baja y suspensión de la cuenta data del 1 de agosto de 2019.¹⁵

- Video uploaded with Tweet: <https://twitter.com/relatoresconvos/status/1139622861403037696> - Terminó el primer tiempo en Le Havre! Argentina aguanta y por ahora empata 0 a 0 contra una Inglaterra insoportable. Vanina Correa se vistió de heroína atajándole un penal a Nikita Parris. #VamosLasPibas #FIFAWWC <https://t.co/qfdHh8UbBB>
- Name of the copyright owner: FIFA Fédération Internationale de Football Association
- Description of original work: FIFA Women's World Cup France 2019 Copyright Protected Match Footage

El reporte fue realizado por la Federación Internacional del Fútbol FIFA, ya que la publicación reportada incluía un fragmento de un partido del Mundial de Fútbol Femenino, la Selección Argentina y un penal atajado por la arquera Vanina Correa.

Con asistencia de la Fundación Vía Libre se realizó una argumentación en defensa de la legalidad del contenido basada en diversos aspectos de la regulación argentina y norteamericana. En primer lugar, se indicó que una cuenta de un

¹⁵. Según reporte de notificación de Twitter Inc. Para seguimiento: Case# 0117370639

equipo periodístico goza de la protección de las garantías de libertad de expresión incorporadas en los tratados internacionales de Derechos Humanos así como en la Constitución Nacional en Argentina y en la 1ra. Enmienda constitucional en los EEUU. La labor periodística goza de protecciones especiales en este sentido.

En segundo lugar, y considerando el contenido en si mismo, indicamos que se trata de una noticia de interés público, de un tema de claro impacto y con cita de fuente, tal como prevé la excepción de propiedad intelectual a favor de la información y las noticias contemplada tanto en la ley de propiedad intelectual argentina (ley 11.723) así como en el Convenio de Berna. Agregamos las cláusulas de uso justo o legítimo contempladas en el artículo 107 de la Ley de Copyright de los EEUU. Desde ese punto de vista analizamos y enviamos a Twitter una reivindicación de la legalidad del uso basado en os principios rectores del uso legítimo:

- El propósito y carácter del uso de la obra.
- La naturaleza del trabajo bajo copyright.
- La longitud o la porción de la obra utilizada en relación a la obra como un todo.
- El efecto que este uso tenga sobre el potencial valor de mercado de la obra bajo copyright.

El sistema de reclamo de Twitter no funcionó y la publicación y la cuenta no fueron recuperadas hasta tanto no tomamos contacto directo con ejecutivos de la firma Twitter con quienes la Fundación Vía Libre mantiene relación de diálogo institucional.

En síntesis, sin contactos dentro de la

compañía y una gestión personalizada del caso, la cuenta hubiera permanecido suspendida.

El segundo reporte de notificación y baja y consecuente suspensión de la cuenta se produjo el 2 de Noviembre de 2020.

<https://twitter.com/Relatoresconvos/status/1322710640792903682> - Ya se juega el segundo tiempo del partido que Lanús y Boca igualan 1 a 1

Se trata de un video filmado por el propio community manager de la cuenta en el que se aprecia al relator Matías Canillán durante el partido Lanús v. Boca del Fútbol Argentino. En el video apenas se ven 3 segundos de la transmisión televisiva del mencionado partido.

Varias cuentas de relatores deportivos del mismo equipo fueron dadas de baja en paralelo por reportes originarios en Turner Inc. Por los derechos de televisión de los partidos del fútbol argentino. En este caso se volvió a presentar una argumentación jurídica sólida basada en las cláusulas de uso justo de la Ley de Copyright, pero hasta la fecha la publicación no se ha recuperado.

En esta ocasión además de dialogar directamente con funcionarios de la compañía, realizamos una prueba de concepto: subimos el video a otras plataformas y con otras cuentas de usuarios para ver si ocurría el mismo tipo de reporte. El video no sólo no fue dado de baja, sino que fue usado como señal de protesta por parte de numerosos seguidores del fútbol argentino para reclamar por la restauración de la cuenta de los periodistas deportivos. Incluso, la Facultad de Periodismo de la Universidad Nacional de La Plata se pronunció en favor de los relatores de la Radio Pública Nacional en Argentina exigiendo la inme-

15. Según reporte de notificación de Twitter Inc. Para seguimiento: Case# 0117370639

16. Véase <https://twitter.com/PeriodismoUNLP/status/1324056532573691905> (Visitado el 4 de noviembre de 2020)

diata restauración de la cuenta.¹⁶

El twitt fue dado de baja, la cuenta suspendida y a la fecha de entrega de este artículo continúa suspendida.



¿ALGUIEN PUEDE PENSAR EN LOS USUARIOS?

Podríamos haber llenado páginas y páginas con experiencia de usuarios reportados de similar tenor que el caso elegido para analizar en este artículo. Sin embargo, priorizamos este caso por diversos aspectos que son centrales a la hora de integrar los derechos de las personas usuarias de medios sociales frente a reportes de DMCA. En primer lugar, se trata de un segmento de usuarios particularmente protegido por la libertad de expresión, las cuentas de periodistas son reportadas de manera recurrente por razones ajenas a la violación de copyright.¹⁷

En América Latina, las plataformas de internet operan bajo esta misma lógica, pero no consideran las legislaciones nacionales que regulan y protegen la libertad de expresión en los diversos países. En este sentido, la notificación y baja de contenidos es utilizada en forma regular por actores interesados en limitar la reproducción de determinadas obras y/o bloquear la circulación de determinados contenidos bajo el argumento de la violación de propiedad intelectual. El caso de las transmisiones de fútbol es particularmente evidente.

Es importante identificar dos problemas centrales a la hora de defender y contrarrestar el uso abusivo de DMCA.

El efecto intimidatorio (Chilling Effect)

de la notificación y las opciones para impugnar la eliminación de un contenido. El texto que envían las redes sociales responde a las cláusulas establecidas en la sección 512 de la Ley de Copyright, obliga a entregar datos personales, a aceptar jurisdicción legal en caso de litigio y fundamentalmente a entregar a los denunciantes los datos contenidos en el reclamo.¹⁸

En segundo lugar, la lentitud y muchas veces total falta de atención por parte de las plataformas a la hora de responder un reclamo. En los casos investigados en el marco del trabajo realizado por Fundación Vía Libre, lo que prima es la falta total de notificación y respuesta sobre las apelaciones.

RECOMENDACIONES PARA LAS MÚLTIPLES PARTES INTERESADAS

Es fundamental comprender que la aplicación de normas de DMCA no son optativas para las plataformas de Internet radicadas en los EEUU. El texto de la ley es explícito y claro y a lo largo de los años ha sido implementado en todas las plataformas de formas más o menos explícitas para los usuarios. Sin embargo, es menester agregar a este debate que los derechos de propiedad intelectual no son derechos absolutos y que puestos en tensión con los derechos humanos fundamentales como la libertad de expresión, pierden en relación a la jerarquía normativa (Busaniche, 2016).

La implementación y adopción de estándares DMCA socava el ejercicio de la

17. La organización Artículo 19 hace un trabajo sustantivo de defensa de la libertad de expresión en la región, con particular énfasis en la labor periodística. En ese sentido, ha elaborado estrategias para contener la baja indiscriminada y los reportes ilegítimos de contenidos que afectan a periodistas, véase <https://articulo19.org/alguna-vez-te-eliminaron-una-publicacion-o-cuenta-de-una-red-social-y-no-entendiste-por-que/> (visitado el 30 de octubre de 2020)

18. Véase <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/512> (visitado el 30 de octubre de 2020)

libertad de expresión, al poner preeminencia en un derecho patrimonial exclusivo ejercido mayormente por empresas de la industria del entretenimiento por encima del ejercicio del derecho a la libertad de expresión¹⁹. Como ya expresaron los relatores de libertad de expresión, estas cláusulas de notificación y baja de contenidos no pueden ser usadas para obturar los derechos de usuarios y usuarias en plataformas de redes sociales (La Rue, et al 2016)

En este sentido, y considerando que las propias plataformas no están en posición de discutir la norma legal vigente y tienen obligación de implementarla, es indispensable pensar en estrategias protectoras de la libertad de expresión, que incluyan en principio algunas pautas claras de funcionamiento.

- Opción por la ley más benévola para la libertad de expresión: puestos en tensión, los derechos de libertad de expresión tienen preeminencia por encima de los derechos de propiedad intelectual. Aún en el caso en que se de prioridad a estas regulaciones, todas las leyes vigentes tienen cláusulas protectoras del uso justo o flexibilidades a favor de ciertos equilibrios entre el interés público y la protección de los intereses de los titulares de los derechos de copyright. En este sentido, se debe facilitar la adopción de estándares más flexibles que incluyan principalmente la posibilidad de amparar las publicaciones en el uso justo y otras flexibilidades tales como las noticias de interés público, la cita o la parodia, entre las cuales se prioriza siempre la libertad de expresión. El respeto de la ley más benévola incluye la opción de no dar de baja contenidos por mera notificación en aquellas jurisdicciones donde la legislación y la jurisprudencia establecen que la notificación fehaciente es una orden judicial.

- Facilitar información apropiada a usuarios y usuarias, a través del reconocimiento y publicación en lenguaje llano de cuáles son los derechos que los asisten en tanto ciudadanos de países democráticos con respeto por sus Derechos Humanos. Quiénes utilizan las redes y plataformas deben tener formas sencillas y accesibles de hacer valer sus derechos.

- Atención pronta y eficiente de los casos apelados. La falta de respuesta de las plataformas a apelaciones perfectamente fundadas y ajustadas a derecho profundiza las incertezas e incentiva la resignación frente a casos que, como el mencionado en este artículo, carecen de todo sustento legal.

- Restablecer la carga de la prueba en quien denuncia. El simple reporte y la justificación en términos de titularidad de la obra o la acción en representación ha hecho crecer una industria de la notificación y baja. En los últimos años ha florecido el negocio de la baja de contenidos en representación de titulares de derechos, y esto se debe a que en buena medida la notificación es sencilla para quien denuncia, pero la defensa es casi imposible para quien ha sido denunciado. Esto revierte el principio fundamental de la carga de la prueba, ya que quien debe demostrar que el contenido no está en infracción o es perfectamente legítimo es quien ha sufrido la denuncia, baja y eventual suspensión de su cuenta. Es importante mencionar además que en el caso de quienes denuncian, habitualmente cuentan con asesoramiento de abogados especializados mientras que las personas denunciadas son personas comunes en uso de las redes sociales. El efecto intimidatorio de tener que enfrentar una causa penal no es un factor menor de desincentivo a la hora de defender la legitimidad de una publicación.

¹⁹. La Observación General Nro. 17 (2005) del Comité de Aplicación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales es taxativo al expresar que los derechos de propiedad intelectual no son derechos humanos y que los Estados deben abstenerse de regular en un sentido que limite o interfiera con el ejercicio de derechos humanos reconocidos en el pacto.

- Explorar y desarrollar mecanismos para desincentivar el reporte masivo infundado de cuentas y contenidos. El abuso del reporte debe ser evaluado y generar responsabilidades efectivas. Si bien la ley de Copyright de los EEUU genera responsabilidades legales a quien reporta de mala fe, no hay antecedentes que permitan validar la utilidad de este resguardo legal.
- Implementar mecanismos de 'Reverse Notice and Take Down'. Un sistema de reversión de notificación y baja podría restablecer ciertas simetrías en el sistema de puerto seguro de las plataformas, al otorgar un lugar preeminente al interés público en protección de los contenidos digitales publicados y explorar mecanismos que doten de más poder a los usuarios para eliminar las asimetrías creadas a lo largo de los últimos 20 años (Reichman et al, 2007)

Los mecanismos de apelación y la posibilidad de invocar cláusulas de uso justo son parte del sistema que pone en cabeza del usuario reportado la necesidad de defender la legalidad de un contenido publicado. A esto se suma la proliferación y cada vez más extendida aplicación de sistemas automatizados de remoción de contenidos bajo copyright publicados sin autorización de los titulares de los derechos sobre esas obras. Estos sistemas automatizados que están hoy en pleno crecimiento constituyen una amenaza cierta a la libertad de expresión, en particular a la libertad artística y creativa en las redes y obturan de facto el ejercicio de derechos consagrados en las regulaciones de propiedad intelectual.

Un apartado especial merece la adopción de políticas públicas apropiadas para atender los crecientes desequilibrios entre los usuarios, las plataformas y la industria de la propiedad intelectual

que rápidamente encontró mecanismos eficientes de reporte, eliminación de contenidos y baja de cuentas.

Las regulaciones de propiedad intelectual no pueden seguir avanzando sin que medien remedios apropiados para la protección del discurso legítimo en las diversas esferas del debate público como son las plataformas de redes sociales. Encontrar la salida a este dilema es uno de los desafíos que enfrentamos hoy, a más de veinte años de aplicación de la DMCA como estándar de facto para todas las jurisdicciones donde operan las empresas bajo esa legislación.²⁰

X

²⁰. Véase <https://www.eff.org/takedowns> (visitado el 30 de octubre de 2020)



BIBLIOGRAFÍA

- BUSANICHE, B (2016) Propiedad Intelectual y Derechos Humanos. Hacia un sistema de derechos de autor que promueva los derechos culturales. Sentidos del Libro Colección. Tren En Movimiento Editores. Buenos Aires, Argentina.
- LEMOS, R.; SOUZA, C.A. (2016) Marco civil da internet: construção e aplicação. Editar Editora Associada Ltda, Rio de Janeiro, Brasil. Disponible en https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/02/marco_civil_construcao_aplicacao.pdf
- LIPSZYC, D (2006) Derecho de autor y derechos conexos. Ediciones Unesco/Cerlalc/Zavalía. Buenos Aires, Argentina.
- REICHMAN, J; DINWOODIE, G; SAMUELSON, P; (2007) A Reverse Notice and Takedown Regime to Enable Public Interest Uses of Technically Protected Copyrighted Works. Berkeley Technology Law Journal, Forthcoming, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 1007817, Duke Science, Technology & Innovation Paper No. 24, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1007817>
- SAMUELSON, P. (2000) Samuelson, Pamela, Five Challenges for Regulating the Global Information Society. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=234743> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.234743>
- SAMUELSON, P. (2020), Pushing Back on Stricter Copyright ISP Liability Rules (June 12, 2020). Michigan Technology Law Review, Forthcoming, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3630700>
- SHEINBLATT, J. (1998) The WIPO Copyright Treaty, Berkeley Technology Law Journal & Berkeley Center for Law and Technology.



TRATADOS Y LEGISLACIONES

- Ley de Propiedad Intelectual Argentina Nro. 11.723 y modificaciones. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42755/texact.htm>
- Ley de Propiedad Intelectual de Chile. Nro. 17.336 y modificaciones. Disponible en https://www.propiedadintelectual.gob.cl/623/w3-propertyvalue-48686.html?_noredirect=1
- Ley de Propiedad Intelectual de Uruguay. Nro. 9739. Disponible en <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/9739-1937>
- Copyright Act de los EEUU. Disponible en <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17>
- Digital Millennium Copyright Act de los EEUU. Disponible en <https://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>
- Convenio de Berna. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. https://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=283700
- Tratados OMPI de derechos de autor (TODA) Disponible en <https://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/>
- Tratados OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (TOIEF) <https://www.wipo.int/treaties/es/ip/wppt/>