



Ley antielusión:

Daño a la expresión, la autodeterminación, la competencia y el acceso al conocimiento

**Declaración de Kit Walsh
Abogada Principal
Electronic Frontier Foundation**

10 de Septiembre de 2020



Como abogada principal de la Electronic Frontier Foundation, agradezco esta oportunidad de compartir la experiencia de la EFF con los efectos perjudiciales de la ley antielusión de los Estados Unidos.

Durante 30 años, la EFF ha representado el interés público asegurándose que la ley y la tecnología apoyan los derechos humanos y la innovación. Hemos estado involucrados en casos claves y procedimientos regulatorios interpretando la ley antielusión en los Estados Unidos. En los EE.UU. y en el extranjero, hemos trabajado para asegurar que la política de derechos de autor, la legislación y las medidas tecnológicas equilibren adecuadamente los derechos de los artistas, los autores y el público en general. Como organización de servicios legales, también asesoramos a los usuarios cuyas actividades legítimas y no infractoras se ven amenazadas por la ley antielusión de los Estados Unidos.

No soy, por supuesto, una experta en leyes mexicanas. Pero espero que les sea útil esta información sobre la experiencia estadounidense.

Resumen: La ley contra la elusión perjudica una asombrosa cantidad de actividades legítimas y esenciales

En los Estados Unidos, hemos visto décadas de efectos escalofriantes en la investigación de la seguridad, con estudiantes perdiendo el interés de investigar en el campo debido a las amenazas de litigio. Las empresas rara vez se complacen en conocer los defectos de sus productos y con frecuencia quieren ocultarlos o controlar el mensaje - en detrimento del público. La ley antielusión les da una herramienta legal para intimidar a los investigadores.

Hemos visto a los educadores con problemas en su capacidad de enseñar alfabetización mediática y otros temas que se relacionan con la cultura popular.

Hemos visto géneros enteros de expresión, como la remezcla, puestos en duda legalmente o relegados a una tecnología obsoleta de baja resolución y bajo impacto que no incluye controles de acceso.

Hemos visto cómo el costo de la reparación de autos se dispara y los talleres independientes pueden dar soporte a cada vez menos marcas de vehículos. Los principales fabricantes de automóviles de EE.UU. han demandado a empresas como Autel y Dorman, que fabrican herramientas de diagnóstico que compiten con los productos oficiales, alegando violaciones de la ley antielusión. Incluso la reparación independiente de equipos médicos ha sido el objetivo, en medio de una pandemia, nada menos.

Y hemos visto litigios anticompetitivos, amenazas legales y restricciones tecnológicas asfixiando a empresas locales y nuevas empresas a favor de los mayores actores del mercado.

La situación en los EE.UU. es tan grave que hemos demandado al gobierno de los EE.UU. por la violación por parte de la Sección 1201 a las protecciones de la Primera Enmienda para la libertad

de expresión y actualmente estamos buscando su invalidación.¹

1. El Congreso de los EE.UU juzgó erróneamente el impacto de la ley antielusión

Muchos miembros del Congreso declararon que creían que la ley protegería el uso leal y otras actividades no infractoras. Pensaban en la piratería de los medios de comunicación; no entendían que la prohibición de los controles de acceso daría esencialmente fuerza legal a las preferencias de los vendedores sobre la forma en que las personas podrían participar en los medios de comunicación y los programas informáticos comprados.

En los Estados Unidos hay desacuerdo entre los tribunales de apelación sobre el alcance de la prohibición de la elusión. En un extremo, un tribunal insistió en que la elusión era intrínsecamente ilegal, incluso cuando era necesaria para un propósito no infractor². En el otro extremo del espectro, un tribunal dijo que la elusión sólo está prohibida cuando se realiza para fomentar la infracción del derecho de autor³. La existencia de una jurisprudencia restrictiva y la consiguiente incertidumbre jurídica ha hecho que las personas respetuosas de la ley rehuyan la elusión, y significa que es peligroso ignorar a los titulares de derechos que envían cartas amenazantes.

En parte, el Congreso no comprendió el impacto de su reglamentación porque creía que las tecnologías que restringen el *acceso* a una obra serían distintas de las tecnologías que restringen el *uso de la misma*. Ambos no entendieron cómo los controles de acceso afectarían a la expresión, la investigación y la innovación legítimas, y no entendieron que las protecciones que ofrecían para eludir las restricciones de uso podían anularse cuando las mismas medidas tecnológicas controlan tanto el acceso como el uso.

El Congreso también respondió a las preocupaciones sobre la seguridad, la innovación y la privacidad con protecciones estatutarias igualmente ineficaces y una reglamentación administrativa profundamente defectuosa.

México tiene la oportunidad de aprender de los mencionados errores.

¹ Kit Walsh, *El caso de la Primera Enmienda contra la ley restrictiva de derechos de autor puede proceder, dice el Juez (First Amendment Case Against Restrictive Copyright Law Can Proceed, Says Judge)*, EFF Deep Links (Jun. 28, 2019), <https://www.eff.org/deeplinks/2019/06/first-amendment-case-against-restrictive-copyright-law-can-proceed-says-judge>.

² *Universal City Studios v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d. 294 (S.D.N.Y. 2000), *aff'd sub nom. Universal City Studios v. Corley*, 273 F.3d 429 (2d Cir. 2001).

³ Steve Seidenberg, *Demandas prueban los límites de la Ley de Derecho de Autor Digital (Suits Test Limits of Digital Copyright Act)*, NAT'L L. J. (7 de febrero de 2003), <http://www.law.com/jsp/article.jsp?id=1044059435217>; *Chamberlain Group v. Skylink Technologies*, 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004), *Disponible en* http://scholar.google.com/scholar_case?case=16927618869037195909.

2. La ley antielusión interfiere con la competencia y la innovación

El efecto anticompetitivo del artículo 1201 se hizo evidente desde el principio con respecto a los DVD. El cifrado de los DVD se quebró casi inmediatamente, al igual que las versiones actualizadas. A pesar de las primeras demandas, desde hace muchos años se dispone gratuitamente de software de copia de DVDs, fácil de utilizar, de muchas fuentes en línea. Sin embargo, los estudios cinematográficos siguieron adoptando el cifrado, utilizándose en todos los lanzamientos comerciales de DVD. ¿Por qué? Una de las razones es que los estudios cinematográficos podían obligar a los innovadores a firmar un acuerdo de licencia para ese software de cifrado antes de construir cualquier cosa que pudiera descifrar una película en DVD.

Esto dio a los estudios cinematográficos un poder sin precedentes para influir en el ritmo y la naturaleza de la innovación en el mundo del DVD. Toda nueva característica (como la copia en un disco duro) debe pasar primero por la negociación "interindustrial" de tres vías (estudios cinematográficos, empresas electrónicas de consumo y grandes empresas informáticas) que es el DVD-CCA. En otras palabras, debes obtener el permiso (¡de tus adversarios y competidores!) antes de innovar. Si estas reglas hubieran estado presentes en el pasado, nunca habría habido un Betamax, y mucho menos un iPod.

Pero el problema no se detiene con las tecnologías de DVD. La mayoría de los bienes duraderos modernos -incluyendo electrodomésticos, herramientas eléctricas, calculadoras, cámaras, estéreos, cartuchos de impresora, abridores de puertas de garaje, así como controladores de videojuegos, auriculares y tarjetas de memoria- contienen algún elemento de código de software con derechos de autor⁴. Para que funcionen las piezas de repuesto y los accesorios compatibles, deben "acceder" al código que contienen. Si el acceso no autorizado equivale a la elusión de una medida de protección tecnológica (TPM por sus siglas en inglés) y, por lo tanto, está prohibido, el fabricante puede utilizar la DMCA para afirmar el control exclusivo del mercado de esos bienes y accesorios.

Los efectos perjudiciales para los consumidores están bien documentados. Por ejemplo; fabricantes de teléfonos celulares venden teléfonos equipados con medidas de protección tecnológica (TPM) que encierran a los consumidores con un proveedor de servicios determinado, obligándolos a pagar cargos por servicios inflados artificialmente y paralizando el mercado de teléfonos usados⁵. De acuerdo con los reclamos de los principales proveedores de telefonía celular de EE.UU., desbloquear un teléfono sin el permiso de su proveedor viola la DMCA. Pero la prohibición de desbloquear no tiene nada que ver con la prevención de la infracción. Los fabricantes de cámaras han instalado medidas tecnológicas de protección que hacen ilegibles las

⁴ Ver, por ejemplo, David Chartier, "New Vision" de Microsoft: Una computadora en cada... Cafetera?, (*Microsoft's New Vision: A Computer in Every . . . Coffee Maker?*), Ars Technica (12 de enero de 2009), <http://arstechnica.com/microsoft/news/2009/01/microsofts-new-vision-a-computer-in-every-coffee-maker.ar>.

⁵ David Kravitz, *Apple vs. EFF: El duelo por la liberación del iPhone* (*Apple v. EFF: The iPhone Jailbreaking Showdown*), Wired (2 de mayo de 2009), <http://www.wired.com/threatlevel/2009/05/apple-v-eff-the-iphone-jailbreaking-showdown/>.

imágenes en los programas de edición de fotos de la competencia, impidiendo que los consumidores editen sus propias imágenes con el software que prefieran⁶.

Del mismo modo, Apple ha confiado en la DMCA para "bloquear" a los propietarios de iPhone para que compren el software exclusivamente en la propia App Store⁷ de Apple. Apple utiliza medidas técnicas respaldadas por la DMCA para obligar a los propietarios de iPhone a que descarguen aplicaciones ("apps") solo en la iTunes App Store propiedad de Apple, donde Apple debe aprobar cada app y retiene el 30% de los ingresos generados por la venta de apps. Esta práctica comercial ha tenido consecuencias significativas tanto para la competencia como para la expresión oral, ya que Apple rechaza regularmente las aplicaciones que podrían competir con las ofertas propias de Apple o que se consideran "potencialmente ofensivas"⁸.

A pesar de los esfuerzos de Apple, millones de propietarios de iPhone tomaron medidas para "hacer Jailbreak" a sus iPhones para usar los operadores y aplicaciones de su elección. Lo hicieron bajo una nube legal, sin embargo, Apple sostuvo que estas actividades violaban la DMCA. En respuesta a los intensos esfuerzos, el Bibliotecario del Congreso concedió una exención para el "jailbreak", pero esa exención es tanto estrecha como temporal.

Y eso es sólo el principio: la DMCA ha sido utilizada para bloquear la competencia en el mercado secundario de cartuchos de tóner para impresoras láser, abridores de puertas de garaje, accesorios para consolas de videojuegos y servicios de mantenimiento de computadoras. Por ejemplo, StorageTek vende hardware de almacenamiento de datos a clientes de grandes empresas. También vende servicios de mantenimiento para sus productos. Custom Hardware es una empresa independiente que repara el hardware de StorageTek. En un esfuerzo por eliminar a este competidor en el mercado de servicios de mantenimiento, StorageTek presentó una demanda en virtud de la DMCA, argumentando que Custom Hardware había eludido ciertas contraseñas diseñadas para impedir que los proveedores de servicios independientes utilizarán el software de mantenimiento incluido en los sistemas de hardware de StorageTek. En otras palabras, StorageTek utilizaba la DMCA para asegurarse que sus clientes sólo tuvieran un lugar al que

⁶ Declan McCullagh, El cifrado fotográfico de Nikon está roto... (Nikon's Photo Encryption Reported Broken,) CNET (Apr. 21, 2005), http://news.cnet.com/Nikons-photo-encryption-reported-broken/2100-1030_3-5679848.html.

⁷ David Kravitz, Apple vs. EFF: El duelo por la liberación del iPhone (Apple v. EFF: The iPhone Jailbreaking Showdown), Wired (2 de mayo de 2009), <http://www.wired.com/threatlevel/2009/05/apple-v-eff-the-iphone-jailbreaking-showdown/>.

⁸ Véase, por ejemplo, Jason Kincaid, *Apple está pudriéndose hasta la médula: Aplicación oficial de Google Voice. Bloqueado de la App Store* (, *Apple is Growing Rotten to the Core: Official Google Voice App. Blocked from App Store*), TechCrunch (27 de julio de 2009), <http://techcrunch.com/2009/07/27/apple-is-growing-rotten-to-the-core-and-its-likely-atts-fault/>; Fred von Lohmann, *Otra aplicación de iPhone prohibida: Apple considera que la aplicación de South Park es potencialmente ofensiva*, (*Another iPhone App Banned: Apple Deems South Park App 'Potentially Offensive*.) EFF Deep Links (17 de febrero de 2009), <http://www.eff.org/deeplinks/2009/02/south-park-iphone-app-denied>.

acudir para los servicios de reparación⁹.

El infame litigio de Lexmark es otro ejemplo. Lexmark, el segundo fabricante de impresoras láser más grande de EE.UU., ha intentado durante mucho tiempo eliminar el mercado secundario de cartuchos de tóner láser recargados. Lexmark había añadido rutinas de autenticación entre sus impresoras y cartuchos explícitamente para obstaculizar a los vendedores de tóner del mercado secundario. Static Control Components (SCC) realizó ingeniería inversa de estas medidas y vendió chips "Smartek" que permitían que los cartuchos recargados funcionaran en las impresoras de Lexmark. Lexmark utilizó entonces la DMCA para obtener una orden judicial que prohibía al SCC vender sus chips a los remanufacturadores de cartuchos. El SCC consiguió finalmente que se anulara el mandamiento judicial en la apelación, pero sólo después de 19 meses de costosos litigios mientras su producto se mantenía fuera del mercado. El litigio por sí solo envió un mensaje escalofriante a los del mercado secundario de cartuchos de Lexmark¹⁰.

El fabricante de abridores de puertas de garaje Chamberlain Group también invocó la DMCA contra su competidor Skylink Technologies después de que varios minoristas importantes de EE.UU. abandonaran los abridores remotos de Chamberlain a favor de los menos costosos "clickers" universales de Skylink. Chamberlain afirmó que Skylink había violado la DMCA porque su clicker pasó por alto un "régimen de autenticación" entre el abridor remoto de Chamberlain y la unidad receptora montada de la puerta del garaje. Según la lógica de Chamberlain, los consumidores estarían encerrados en una única fuente no sólo para el reemplazo de los clickers de la puerta del garaje, sino virtualmente cualquier dispositivo de control remoto. Al igual que el SCC, Skylink finalmente derrotó a Chamberlain tanto en el tribunal de distrito como en el tribunal de apelaciones, pero sólo después de muchos meses de costosos litigios. En palabras del tribunal de apelaciones, el uso de la DMCA por parte de Chamberlain fue nada menos que un "intento de apalancar sus ventas en los monopolios¹¹ del mercado secundario".

Más recientemente, Microsoft usó la DMCA para tratar de bloquear la competencia de accesorios para videojuegos. Datel, Inc. produce accesorios de terceros para todas las principales

⁹ Fred von Lohmann, *DMCA usado para capar la competencia... De nuevo, (DMCA Used to Stymie Competition . . . Again)* EFF Deep Links blog (4 de noviembre de 2005), <https://www.eff.org/deeplinks/2005/11/dmca-used-stymie-competition-again> ; *Storage Technology v. Custom Hardware Engineering*, 421 F.3d 1307 (Fed. Cir. 2005).

¹⁰ Declan McCullagh, *Lexmark invoca la DMCA dentro del juicio por tóner (Lexmark Invokes DMCA in Toner Suit)*, CNET News (8 de enero de 2003), <http://news.com.com/2100-1023-979791.html> ; *Lexmark v. Static Control Components*, 387 F.3d 522 (6^o Cir. 2004).

¹¹ Steve Seidenberg, *Demanda pone a prueba los límites de la Ley de Derecho de Autor Digital (Suits Test Limits of Digital Copyright Act)*, NAT'L L. J. (7 de febrero de 2003), <http://www.law.com/jsp/article.jsp?id=1044059435217> ; *Chamberlain Group v. Skylink Technologies*, 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004), disponible en http://scholar.google.com/scholar_case?case=16927618869037195909.

consolas de videojuegos, incluyendo la Xbox 360¹² de Microsoft. Como todos los fabricantes de terceros, Datel debe diseñar sus accesorios para que sean compatibles con la consola elegida, lo que a menudo requiere ingeniería inversa u otras soluciones. En 2009, Microsoft publicó una actualización de firmware obligatoria para todas las consolas Xbox 360 conectadas a Internet: esta actualización no tuvo ningún efecto en las propias tarjetas de memoria de Microsoft, pero hizo que las tarjetas de memoria menos costosas de Datel quedaran completamente inutilizadas. Cuando Datel demandó a Microsoft por violaciones a la ley antimonopolio, Microsoft contrademandó acusando a Datel de violar la DMCA. En pocas palabras, Microsoft obligó a los consumidores a comprar sus propias tarjetas de memoria y luego utilizó la DMCA para atacar a sus competidores legítimos.

Además, los fabricantes de productos de consumo ordinario han tratado de extender la DMCA a controlar tanto los comportamientos de los consumidores como las innovaciones que resulten ser contrarios a las preferencias de los fabricantes. Por ejemplo, los fabricantes de calculadoras han presentado demandas de elusión contra aficionados que han realizado ingeniería inversa en sus calculadoras gráficas personales para desarrollar sistemas operativos alternativos para uso personal¹³.

Es probable que esos fabricantes estuvieran influidos por el resultado de un caso anterior, en el que la división de videojuegos de Blizzard Entertainment de Vivendi-Universal presentó una demanda usando la DMCA contra otro grupo de aficionados que creaban software que permitía a los propietarios de juegos de Blizzard jugar a sus juegos por Internet. El software, llamado "bnetd", permitía a los jugadores crear su propia alternativa al servicio Battle.net de Blizzard. El software de bnetd se distribuía libremente, era de código abierto y no comercial. Blizzard sostuvo que el software podía utilizarse para la copia ilegal, aunque sus creadores no lo habían diseñado ni utilizado con ese fin. En una decisión muy criticada, el Tribunal de Apelaciones del Octavo Circuito sostuvo que las protecciones explícitas del Congreso para la ingeniería inversa y la innovación complementaria en la DMCA son demasiado estrechas y débiles para proteger a los innovadores de demandas judiciales cuando el software que crean se utiliza para la copia ilegal, incluso si la copia se produce sin el conocimiento o la participación de los creadores¹⁴ del programa.

¹² Mike Masnick, *Microsoft sigue afirmando que puede usar la DMCA para bloquear los accesorios de la Xbox que compiten con ella (Microsoft Still Claiming That It Can Use The DMCA To Block Competing Xbox Accessories)*, TechDirt (21 de junio de 2011), <http://www.techdirt.com/articles/20110620/10505614766/microsoft-still-claiming-that-it-can-use-dmca-to-block-competing-xbox-accessories.shtml>.

¹³ Dan Goodin, *Texas Instruments apunta a los abogados de los hackers de las calculadoras (Texas Instruments Aims Lawyers at Calculator Hackers)*, The Register, 23 de septiembre de 2009, http://www.theregister.co.uk/2009/09/23/texas_instruments_calculator_hacking.

¹⁴ *Davidson & Assoc. v. Jung*, 422 F.3d 630 (8th Cir. 2005).



En las industrias de reparación, hemos visto demandas por violaciones del artículo 1201 contra empresas de reparación de automóviles y empresas que afinan motores de barcos para carreras.[] Los fabricantes de automóviles y equipos agrícolas también se opusieron enérgicamente a nuestro trabajo para obtener una exención limitada para la reparación de estos dispositivos.[]

En medio de la pandemia de COVID-19, Philips ha demandado a los proveedores de reparación independientes que mantienen el equipo médico, afirmando violaciones de la Sección 1201.[] El Congreso de los EE.UU. está considerando una legislación de derecho a reparación que es necesaria, en parte, debido a la sección 1201.[]

3. La sección 1201 desalienta la libre expresión e investigación científica.

a. La libertad de prensa

Uno de los primeros casos relacionados con el artículo 1201, Universal City Studios c. Reimerdes, ilustraba el efecto escalofriante que la ley tendría sobre la libertad de prensa. Cuando un adolescente noruego de 15 años anunció que había desarrollado el DeCSS, un programa de software que derrota el cifrado CSS utilizado en las películas de DVD, muchas publicaciones de noticias cubrieron la historia, incluyendo 2600 Magazine. En el curso de su cobertura, la revista hizo disponible, en su sitio web, el programa que estaba en el centro de la controversia. Docenas de otras organizaciones de noticias tomaron una decisión periodística similar, incluyendo el New York Times, San Jose Mercury News y CNN, una división de Appellant Time Warner. De hecho, eruditos en derechos de autor como Jane Ginsburg de la Facultad de Derecho de Columbia se vincularon a sitios que publicaban DeCSS para ayudar a sus estudiantes a entender la controversia que rodea este litigio. 2600 no estuvo involucrado en el desarrollo del software, ni fue acusado de haber usado el software para ninguna infracción de derechos de autor. No obstante, ocho importantes empresas cinematográficas utilizaron las demandas de la DMCA contra la revista, tratando de impedir que publicara el código, aunque para entonces ya estaba ampliamente disponible.

A pesar de la garantía de la Primera Enmienda de una prensa libre, el tribunal de distrito prohibió permanentemente a 2600 publicar, o incluso vincular, el código DeCSS. El Tribunal de Apelación del Segundo Circuito confirmó la decisión¹⁵ del tribunal inferior. En esencia, los estudios cinematográficos obtuvieron efectivamente una orden de "parar las prensas" que prohibía la publicación de información veraz sobre un asunto de interés público, una restricción sin precedentes de los principios bien establecidos de la Primera Enmienda¹⁶.

b. Investigación sobre seguridad

Desde 1998, la Sección 1201 se ha utilizado repetidamente para evitar que los investigadores investiguen diversas tecnologías de DRM, y/o hablen sobre lo que encuentran. La amenaza fue ilustrada desde el principio por las acciones de un grupo multi industrial conocido como la Iniciativa por la Música Digital Segura (SDMI), que lanzó un desafío público animando a los tecnólogos cualificados a tratar de derrotar ciertas tecnologías de marca de agua destinadas a proteger la música digital. El profesor de informática de Princeton Edward Felten y un equipo de investigadores de Princeton, Rice y Xerox aceptaron el desafío y lograron eliminar las marcas de agua.

Sin embargo, cuando el equipo trató de presentar sus resultados en una conferencia académica, los representantes del SDMI amenazaron a los investigadores con la responsabilidad de la DMCA. La carta de amenaza también fue entregada a los empleadores de los investigadores y a los organizadores de la conferencia. Después de extensas discusiones con los abogados, los investigadores retiraron su trabajo de la conferencia. Los investigadores llevaron el asunto a los tribunales, la amenaza fue finalmente retirada y una parte de la investigación fue publicada en una conferencia posterior. Después de soportar esta experiencia, al menos uno de los investigadores involucrados ha decidido renunciar a más esfuerzos de investigación en este campo¹⁷.

Amenazas como estas han enfriado las actividades legítimas de periodistas, editores, científicos,

¹⁵ *Universal City Studios v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d. 294 (S.D.N.Y. 2000), *aff'd sub nom. Universal City Studios v. Corley*, 273 F.3d 429 (2d Cir. 2001).

¹⁶ Carl S. Kaplan, *El interrogatorio continúa en la demanda por derechos de autor (Questioning Continues in Copyright Suit)*, N.Y. Times (4 de mayo de 2001), <http://www.nytimes.com/2001/05/04/technology/04CYBERLAW.html> ; Simson Garfinkel, *La rebelión del DVD*, MIT Technology Review (*The DVD Rebellion*, MIT Technology Review) (1 de julio de 2001), <http://www.technologyreview.com/article/401086/the-dvd-rebellion/> ; Xenia P. Kobylarz, *Los defensores de la libertad de expresión en los casos de DVD dicen que los titulares de derechos de autor quieren bloquear las ideas; El código de cifrado es la clave (DVD Case Clash—Free Speech Advocates Say Copyright Owners Want to Lock Up Ideas; Encryption Code is Key)*, S.F. Daily J. (1 de mayo de 2001).

¹⁷ Pamela Samuelson, *Reglas de Anti-elusión: Amenaza a la Ciencia, (Anticircumvention Rules: Threat to Science)* 293 Science 2028 (14 de septiembre de 2001); Carta de Matthew Oppenheim, Consejero General de SDMI, al Prof. Edward Felten, 9 de abril de 2001, disponible en <http://cryptome.org/sdmi-attack.htm>; Felten, et al. v. RIAA, et al., EFF, <https://www.eff.org/cases/felten-et-al-v-riaa-et-al> (última visita el 10 de enero de 2013).

estudiantes, programadores y otros. Cediendo a los temores de responsabilidad de la DMCA, los proveedores de servicios en línea han censurado las discusiones de los sistemas de protección de copia, los programadores han eliminado los programas de seguridad informática de sus sitios web, y los estudiantes y expertos en seguridad han dejado de publicar los detalles de sus investigaciones.

Estos desarrollos debilitan la seguridad de todos los usuarios de computadoras, ya que los investigadores de seguridad rehúyen realizar y/o compartir investigaciones que podrían entrar en conflicto con la sección 1201. Por ejemplo, cuando un grupo de investigadores de Princeton descubrió la existencia de varias vulnerabilidades de seguridad en el software de protección de copias de CD en docenas de títulos de Sony-BMG, retrasaron la publicación del descubrimiento durante varias semanas mientras consultaban con abogados para evitar los escollos de la DMCA¹⁸. Esto puso en peligro a millones de aficionados a la música, hasta que las fallas de seguridad inherentes al software de protección de copias "rootkit" de Sony-BMG fueron publicadas posteriormente por otro investigador que aparentemente desconocía la nube legal creada por la DMCA.

Los investigadores estimaron que el rootkit comprometió la seguridad de más de 500.000 redes, incluyendo las redes gubernamentales y militares¹⁹. A medida que los consumidores y el gobierno son cada vez más conscientes de la importancia de proteger la seguridad informática, deberían preocuparse profundamente por cualquier restricción legal que pudiera inhibir la capacidad de los investigadores para encontrar y dar a conocer las vulnerabilidades de seguridad.

Hemos defendido con éxito las exenciones de investigación de seguridad para una amplia gama de dispositivos, con la Oficina de Derechos de Autor de los EE.UU. reconociendo que la Sección 1201 interfiere con la investigación de seguridad legítima e incluso crítica.[]2015 RM

El artículo 1201 incluye una serie de excepciones legales para ciertas clases limitadas de actividades, como las pruebas de seguridad, la ingeniería inversa de software, la investigación en el cifrado y la aplicación de la ley. Sin embargo, esas excepciones son demasiado estrechas para ser realmente útiles a los grupos a los que se pretende ayudar²⁰. Como dijo el profesor Felten, las excepciones relativas a la investigación sobre seguridad "parecen[] haber sido redactadas sin consultar a ningún investigador". Puede haber alguien, en algún lugar, que se haya beneficiado de esta excepción, pero no protege casi toda la investigación pertinente"²¹.

¹⁸ Véase Edward Felten, *El Escalofriante Efecto de la DMCA (The Chilling Effects of the DMCA)*, Slate (29 de marzo de 2013), http://www.slate.com/articles/technology/future_tense/2013/03/dmca_chilling_effects_how_copyright_la_w_hurts_security_research.single.html.

¹⁹ Cory Doctorow, *Sony infecta a más de 500.000 redes, incluyendo militares y gubernamentales (Sony Infects More Than 500k networks, Including Military and Govt.)*, BoingBoing, (5 de noviembre de 2005), <http://boingboing.net/2005/11/15/sony-infects-more-th.html>.

²⁰ Véase Pamela Samuelson, *Propiedad intelectual y la economía digital: Por qué es necesario revisar el Reglamento contra la elusión, (Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to be Revised)* 14 Berkeley Law Journal 519, 537-57 (1999).

Hasta donde sabemos, nadie ha logrado hacer valer ninguna de las exenciones estatutarias del artículo 1201.

4. La sección 1201 pone en peligro el uso justo (fair use).

El "uso justo" (*fair use en inglés*) es un elemento crucial de la ley de derechos de autor de los Estados Unidos: el principio de que el público tiene derecho, sin tener que pedir permiso, a utilizar las obras protegidas por derechos de autor de manera que no interfiera indebidamente con el monopolio limitado del propietario de los derechos de autor. Los usos legítimos incluyen los usos personales y no comerciales. El "uso justo" también incluye actividades realizadas con fines de crítica, comentario, reportaje, enseñanza, erudición o investigación.

Al prohibir efectivamente todos los actos de elusión, y todas las tecnologías e instrumentos que pueden utilizarse para la elusión, la DMCA otorga a los titulares de derechos de autor la facultad de eliminar unilateralmente muchos derechos de uso leal. Para hacer un uso justo de una obra con derechos de autor, una persona debe poder acceder a esa obra. Hoy en día, muchas formas de contenido digital, incluidos los libros electrónicos y el vídeo, están restringidas por medios tecnológicos. El que los académicos, investigadores, comentaristas y el público sigan pudiendo hacer un uso legítimo y justo de esas obras dependerá de la disponibilidad de instrumentos para eludir esos bloqueos digitales, y del derecho legal a utilizar esos instrumentos.

Sin embargo, la DMCA prohíbe efectivamente la creación o distribución de esos instrumentos, incluso si son necesarios para permitir usos justos. Como resultado, los usos legítimos han sido reducidos por los candados digitales supuestamente destinados a "prevenir la piratería". Igualmente importante es que la DMCA impide que la ley se desarrolle para abarcar nuevas tecnologías. Es posible que en el futuro no se desarrollen usos justos para contenidos restringidos, porque los tribunales nunca tendrán la oportunidad de dictaminar sobre ellos. Los usuarios justos serán encontrados responsables de "forzar la cerradura" y por lo tanto violar la DMCA, cualquiera que sean los méritos de su defensa de uso justo.

Por ejemplo, los libros electrónicos suelen incluir tecnología DRM que impide a las personas ciegas o con problemas de visión ejecutar los libros que han comprado legalmente a través de un convertidor de texto a voz. Del mismo modo, los vídeos distribuidos por Internet y los discos DVD y Blu-ray incluyen funciones de DRM que impiden el desarrollo de tecnologías avanzadas de subtítulo y descripción de vídeos que hacen que las películas y los programas de televisión sean accesibles²². Las tecnologías para eludir estas tecnologías están disponibles y sirven

²¹ Véase Edward Felten, *El Escalofriante Efecto de la DMCA (The Chilling Effects of the DMCA)*, Slate (29 de marzo de 2013), http://www.slate.com/articles/technology/future_tense/2013/03/dmca_chilling_effects_how_copyright_law_hurts_security_research.single.html.

²² Blake Reid, *La Ley de Derechos de Autor del Milenio Digital es aún peor de lo que piensas (The Digital Millennium Copyright Act Is Even Worse Than You Think)*, Slate (20 de marzo de 2013), http://www.slate.com/articles/technology/future_tense/2013/03/dmca_copyright_reform_us_law_makes_digital_media_inaccessible.html.

claramente a un propósito valioso y no infractor. No obstante, su uso puede ser ilegal en virtud de la DMCA, excepto cuando los defensores de los derechos de los discapacitados hayan logrado obtener una exención temporal. Además, como se examina más adelante, como el proceso de exención no se aplica a la distribución de las herramientas, las empresas y los particulares que desarrollan estas tecnologías siguen estando amenazados.

Las tecnologías de DVD proporcionan otra lección objetiva. Hay muchas razones legítimas para copiar DVDs. Una vez que el vídeo se copia en una computadora, por ejemplo, muchos usos justos se hacen posibles: los creadores de vídeo pueden remezclar clips de películas en vídeos originales de YouTube, los viajeros frecuentes pueden cargar la película en sus computadoras portátiles, y los propietarios de DVD pueden saltarse los anuncios, que de otro modo serían "ineludibles", que preceden a ciertas películas.

Las demandas de la DMCA contra los fabricantes de herramientas de copia de DVD obstaculizaron estos y otros usos justos. En *Universal contra Reimerdes*, por ejemplo, el tribunal sostuvo que la DMCA prohíbe el DeCSS, la primera de muchas herramientas gratuitas ampliamente disponibles para descifrar y copiar DVD. En otro caso, los tribunales federales ordenaron que el producto DVD X Copy de 321 Studios fuera retirado de los estantes por violar la DMCA. Los principales estudios cinematográficos también utilizaron la DMCA para demandar a Tritton Technologies, el fabricante de DVD CopyWare, y a tres distribuidores de software²³ similar en su sitio web.

Esas demandas, y la Sección 1201 en general, arrojan una nube legal sobre una variedad de valiosas actividades creativas, en particular las "remezclas" audiovisuales.

La práctica creativa de "remezclar" el contenido de vídeo existente para crear una expresión original es una tradición honrada en el tiempo que data de 1918 cuando Lev Kuleshov comenzó a empalmar y ensamblar fragmentos de películas para contar nuevas historias²⁴. Hoy en día, la capacidad de remezclar y compartir el contenido de vídeo se ha democratizado en un grado sin precedentes, gracias a la combinación de herramientas de edición de vídeo baratas en las computadoras personales y servicios de alojamiento de vídeo gratuitos y fáciles de usar como YouTube. Cada día, miles de estadounidenses crean y comparten vídeos originales, principalmente no comerciales, que incluyen clips tomados de obras publicadas en DVD. El remezclado también se está reconociendo como una importante práctica pedagógica en todos los niveles educativos, y se están escribiendo libros de texto escolares y prácticos sobre este tema²⁵.

²³ Matthew Mirapaul, *Siempre tendrán París (y un sitio web académico) (They'll Always Have Paris (and a Scholarly Web Site))*, N.Y. Times (16 de marzo de 2002), <http://www.nytimes.com/2002/03/18/movies/arts-online-they-ll-always-have-paris-and-a-scholarly-web-site.html>; Lisa Bowman, *Hollywood v especialmente en la copia de DVDs. (Hollywood Targets DVD-Copying Upstart)*, CNET News (20 de diciembre de 2002), <http://news.com.com/2100-1023-978580.html>; *Paramount Pictures Corp. v. Tritton Technologies Inc*, N° CV 03-7316 (S.D.N.Y. archivado el 17 de septiembre de 2003); *321 Studios c. MGM*, 307 F.Supp.2d 1085 (N.D. Cal. 2004).

²⁴ Lev Kuleshov, *Kuleshov en el cine (Kuleshov on Film)* (1974).

Todas estas formas de remezcla son valiosas no sólo como obras creativas, sino también porque ayudan a crear la próxima generación de artistas, que pueden adquirir habilidades y exposición que de otro modo no estarían disponibles. Como dijo un artista a la Organización de Trabajos Transformativos, una organización sin fines de lucro dedicada a promover la cultura de la remezcla;

Comencé [a crear videos de remezclas] en 1999 cuando era adolescente y vivía en Australia, principalmente en el fandom de The X-Files y mucho antes de los días de YouTube. La aparición de ese sitio le dio una audiencia mucho mayor a mi trabajo, incluyendo algunos directores creativos de varias casas de tráileres que empezaron a ofrecerme trabajo remunerado y a comenzar mi carrera como editor y productor de tráileres. Ahora vivo en la ciudad de Nueva York editando avances para grandes producciones cinematográficas. El punto es que, si no hubiera tenido la salida como YouTube para concebir, desarrollar y mostrar mi trabajo, no estaría en esta profesión hoy en día. Hay una gran necesidad de editores de avances en mi altamente competitiva y especializada industria, y necesitamos desarrollar tantos de los mejores editores de trailers de la próxima generación como podamos²⁶.

El Registro de Derechos de Autor ha reconocido que muchos vídeos de remezcla están protegidos por la doctrina del uso justo y, por lo tanto, no infringen los derechos de autor. No obstante, el proceso de creación de los mismos corre el riesgo de violar la DMCA, en la que, como es habitual, el creador debe utilizar un "volcador de DVD" para extraer los videoclips. Además, como la gran mayoría de los creadores de remezclas son videógrafos aficionados que se dedican a la creación de vídeos como hobby, es poco probable que tengan acceso a un asesor en materia de derecho de autor que les explique las sutilezas de la DMCA y es probable que desconozcan el carácter contrario a la intuición de la responsabilidad por elusión que se aplica a los DVD. A muchos legos les parecerá extraño que confiar en copias infractoras tomadas de fuentes no autorizadas de Internet sea preferible (desde el punto de vista de la elusión) a "volcar o ripear" un DVD que se ha comprado. Del mismo modo, al público le puede resultar difícil creer que tomar extractos mediante la captura de vídeo tenga consecuencias jurídicas diferentes de las que tendría utilizar un extractor de DVD para lograr el mismo resultado.

En estrecha colaboración con la OTW, la EFF ha logrado obtener exenciones para algunas formas de actividades de remezcla, pero esas exenciones son limitadas y temporales. Se necesita

²⁵ Colin Lankshear y Michele Knobel, *Remix: El arte y oficio de la hibridación sin fin (Remix: The Art and Craft of Endless Hybridization)*, 52 *Journal of Adolescent & Adult Literacy* 22-33 (2008), disponible en <http://extendboundariesofliteracy.pbworks.com/f/remix.pdf>; Catherine Latterell, *Remix: Lectura y composición cultural (Remix: Reading and Composing Culture)* (2005); Kristina Busse & Alexis Lothian, *Críticas académicas y críticas de la academia: Los usos del Remix en video (Scholarly Critiques and Critiques of Scholarship: The Uses of Remix Video)*, 26 *Camera Obscura* 2 77: 139, 142 (2011).

²⁶ Correo electrónico de Lyle a OTW (27 de julio de 2010) (en archivo con los autores). Otro editor de video recientemente obtuvo un contrato con los productores de House por la capacidad de edición que demostró en sus videos de House. Véase el Live Journal, <http://vidding.livejournal.com/2751680.html> (última visita el 30 de noviembre de 2011).

una solución permanente para proteger realmente a estos creadores.

También se obstaculizaron otros tipos de usos legítimos, en particular el cambio de formato. En octubre de 2008, RealNetworks se vio obligado a detener las ventas de su software RealDVD, que permitía a los usuarios copiar un DVD y almacenarlo en su disco duro. Este cambio de formato de RealDVD habría permitido a los propietarios de DVD crear copias de seguridad, organizar una colección de películas en forma digital y ver un DVD en cualquier momento sin estar atado a un disco físico, todos ellos valiosos usos personales. RealDVD tampoco representaba una amenaza de "piratería": RealDVD conservó el sistema de protección de copias CSS del DVD y añadió numerosas medidas de control adicionales. RealNetworks también obtuvo una licencia de la Asociación de Control de Copias de DVD para realizar el descifrado necesario del DVD. No obstante, un tribunal federal dictaminó en agosto de 2009 que, aunque los usos habilitados por RealDVD fueran usos legítimos y justos, la DMCA prohíbe la distribución de herramientas como RealDVD²⁷.

Las mismas tácticas anti-innovación también se han aplicado al streaming. Un ejemplo de ello es, irónicamente, RealNetworks. La compañía de software Streambox desarrolló un producto, conocido simplemente como el Streambox VCR, diseñado para cambiar el tiempo de los medios de transmisión. Cuando RealNetworks descubrió que el VCR Streambox podía desplazar en el tiempo las transmisiones por Internet de RealAudio, invocó la DMCA y obtuvo una orden judicial contra el producto²⁸.

5. La sección 1201 daña el medio ambiente al impedir la reparación y el reciclaje de la electrónica.

Desde los teléfonos hasta los coches, pasando por las neveras y la maquinaria agrícola, el software está ayudando a que nuestras cosas funcionen mejor y de forma más inteligente. Pero si ese software está protegido por DRM, la reparación y el reciclaje de estos bienes puede requerir la elusión, en violación de la Sección 1201. Eso significa que más gente se sentirá presionada a tirar esos bienes, en lugar de repararlos y reutilizarlos.

Por ejemplo, es menos probable que se reutilicen los teléfonos atados a un solo operador, en particular si el acto de desbloquear un teléfono podría exponer a una persona a responsabilidad civil y penal en virtud de la DMCA. Según la Agencia de Protección Ambiental, en febrero de 2009 sólo el 10 por ciento de los teléfonos celulares no deseados se reciclaban cada año²⁹. Y el envío de teléfonos usados y otros aparatos electrónicos a los vertederos no sólo es un desperdicio, sino que también contribuye a la contaminación del aire y del agua y a las

²⁷ *Real Networks, Inc. contra DVD Copy Control Ass'n*, 641 F. Supp. 2d 913, 942 (N.D. Cal., 2009).

²⁸ *RealNetworks, Inc. contra. Streambox, Inc.*, No. C99-2070P, 2000 WL 127311 (W.D. Wash. 18 Enero 2000).

²⁹ EPA, *Hechos: Recicla tu teléfono móvil: Con una simple llamada... (Fact Sheet: Recycle Your Cell Phone: It's An Easy Call)* (Feb. 2009), <http://www.epa.gov/osw/partnerships/plugin/cellphone/cell-fs.htm>.

emisiones³⁰ de gases de efecto invernadero. El Departamento de Control de Sustancias Tóxicas de California considera que los teléfonos celulares son residuos peligrosos porque pueden contener antimonio, arsénico, berilio, cadmio, cobre, plomo, níquel y zinc³¹.

6. Los costos mostrados superan los beneficios teóricos.

Estos costos podrían ser tolerables si los beneficios reales fueran realmente mayores, es decir, si nuestras reglas anti-elusión y las medidas de protección tecnológicas que supone la respaldan tuvieran realmente éxito en disuadir la infracción. Lamentablemente, no es así³². Por ejemplo, a pesar de la DMCA, el cifrado en los DVD de las películas se rompió antes y no proporcionó ninguna protección significativa contra la infracción generalizada. Cada nueva película que Hollywood estrena está disponible en días, o incluso horas para aquellos que realmente quieren una copia no autorizada. Lo mismo ocurre con la música y sigue siendo cierto con los juegos y otros contenidos. Los individuos y las empresas que se dedican a la infracción de derechos de autor a gran escala no se ven disuadidos por la Sección 1201. Después de todo, es probable que ya estén en falta por daños sustanciales de derechos de autor.

Sin embargo, los medios de comunicación legítimos se las arreglan año tras año para florecer. iTunes, Amazon y docenas de otros sitios venden grandes volúmenes de música sin necesidad de DRM. Los servicios de streaming como Netflix y Spotify han tenido éxito porque son más convenientes que las alternativas no autorizadas, no porque los DRM hagan algo para mejorar su economía. De hecho, Frank Gibeau, declaró durante su Presidencia en EA Labels, que la DRM es una "estrategia fallida sin salida"³³.

De hecho, los DRM pueden fomentar más infracciones al hacer menos atractivas las opciones "legítimas" de los medios de comunicación. En 2002, los ingenieros de Microsoft que consideraban la eficacia de la DRM sugirieron lo mismo, señalando que era probable que la DRM llevará a los consumidores a mecanismos de distribución no autorizados, es decir, "la red oscura o darknet".

Hay pruebas de que la darknet seguirá existiendo y proporcionará un servicio de bajo costo y alta calidad a un gran grupo de consumidores. Esto significa que en muchos mercados, la darknet será un competidor del comercio legal. Desde el punto de vista de la teoría económica, esto tiene profundas repercusiones en la estrategia comercial: por ejemplo, el aumento de la seguridad (por ejemplo,

³⁰ *Id.*

³¹ Departamento de Control de Sustancias Tóxicas de California, Residuos Universales, <http://www.dtsc.ca.gov/hazardouswaste/universalwaste/index.cfm>.

³² Esto se vio desde el principio. Véase, por ejemplo, Stuart Haber, Bill Horne, Joe Pato, Tomas Sander, Robert Endre Tarjan, "Si la piratería es el problema, ¿el DRM es la respuesta? (If Piracy is the Problem, is DRM the Answer?)" <http://www.hpl.hp.com/techreports/2003/HPL-2003-110.pdf>.

³³ Andras Neltz, *Presidente de EA Labels llama al DRM una "Estrategia fallida y sin salida" (EA Labels President Calls DRM a "Failed, Dead-End Strategy)*. <http://kotaku.com/ea-labels-president-calls-drm-a-failed-dead-end-strat-461313335>.

sistemas de gestión de derechos digitales más sólidos) puede actuar como un desincentivo para el comercio legal. Considere un archivo MP3 vendido en un sitio web: esto cuesta dinero, pero el objeto comprado es tan útil como una versión adquirida en la darknet. Sin embargo, una canción envuelta en DRM es estrictamente menos atractiva: aunque la industria se esfuerza por tener reglas de licencia flexibles, los clientes se verán restringidos en sus acciones si el sistema va a proporcionar una seguridad significativa. Esto significa que un vendedor probablemente ganará más dinero vendiendo objetos sin protección que vendiendo objetos protegidos. En resumen, si está compitiendo con la darknet, debe competir en los propios términos de darknet: es decir, conveniencia y bajo costo en lugar de seguridad³⁴ adicional.

Las tecnologías de DRM, incluso apoyadas por protecciones legales como la Sección 1201, no detienen la violación de los derechos de autor. Solo impiden la innovación y frustran los derechos y expectativas tradicionales de los consumidores.

7. El proceso de exención está fatalmente limitado y carece de normas claras y de supervisión.

La reglamentación trienal de la DMCA se concibió como un "mecanismo de seguridad" para evitar que la gestión de los derechos digitales invada la capacidad del público de participar en actividades que, de otro modo, serían perfectamente legales en virtud de la legislación de derecho de autor. Lamentablemente, la elaboración de normas no ha cumplido su propósito. Las exenciones creadas por la Oficina de Derechos de Autor pueden ser útiles, pero son demasiado estrechas y breves. También se convierte en una pequeña oficina federal especializada en una especie de Oficina de Regulación de Tecnología. Por muy bien intencionadas y dedicadas que sean la Oficina de Derechos de Autor y la Biblioteca del Congreso, no tiene sentido encargar a un pequeño grupo de abogados y bibliotecarios de derechos de autor, ya sobrecargados de trabajo, la toma de decisiones que puedan configurar el futuro de los mercados tecnológicos.

El proceso no se aplica a las herramientas. La DMCA establece que el Bibliotecario del Congreso sólo puede conceder exenciones a la prohibición de la DMCA sobre los actos de elusión; las exenciones a la prohibición de la DMCA sobre la distribución de instrumentos de elusión no entran en el ámbito de aplicación de la normativa. En consecuencia, las exenciones concedidas sólo pueden ser ejercidas por personas que tengan los conocimientos técnicos necesarios para elaborar sus propios instrumentos de elusión de programas o equipos informáticos. Así pues, el procedimiento de elaboración de normas encierra, en el mejor de los casos, una promesa vacía para los consumidores: un derecho legal a eludir, sin acceso a los instrumentos necesarios para hacer realidad ese derecho.

³⁴ Petter Biddle, Paul England, Marcus Peinado, y Bryan Willman, La Darknet y el futuro de la distribución de contenidos (The Darknet and the Future of Content Distribution), Microsoft Corporation (2002); véase también M. Masnick, El intercambio de archivos se mueve masivamente a la Darknet (File-sharing Moving En Masse to the Darknet), Techdirt (5 de marzo de 2012).

El proceso es complejo y gravoso. Cualquier persona interesada en participar significativamente en el proceso de elaboración de normas de la DMCA debe primero descifrar un desconcertante conjunto de arcanos legales y reunir independientemente una considerable cantidad de pruebas. En lugar de recibir comentarios del público y participar en la investigación independiente, como hacen muchos organismos administrativos, la Oficina de Derechos de Autor ha puesto una pesada carga sobre los hombros de quienes buscan exenciones de la DMCA: "[L]os proponentes deben demostrar con una preponderancia de la evidencia que ha habido o es probable que haya un efecto adverso sustancial en los usos no infractores por parte de los usuarios de las obras protegidas por el derecho de autor³⁵". El cumplimiento de esa norma -que no se encuentra en el texto de la DMCA- requiere en general la asistencia de abogados especializados en derechos de autor, expertos técnicos, investigadores y analistas de la industria. Sin la asistencia de expertos, los individuos no pueden razonablemente reunir las pruebas y dedicar el tiempo necesario para participar con éxito en el proceso de elaboración de normas de la DMCA. Incluso si tiene éxito, debe estar preparado para presentar el caso de nuevo, tres años después.

Las exenciones que se conceden siguen siendo innecesariamente limitadas. Los investigadores de seguridad habían solicitado una exención de la DMCA en 2003 para facilitar la investigación de sistemas DRM peligrosos como el rootkit Sony-BMG, pero el Bibliotecario del Congreso denegó su solicitud³⁶. En 2006, el Bibliotecario concedió una exención a la DMCA para los investigadores que examinan el software de protección de copias en discos compactos³⁷. Sin embargo, esta exención, no protegía a los investigadores que estudiaban otros sistemas DRM. En 2009, los investigadores de seguridad volvieron a solicitar una exención a la DMCA para la investigación de seguridad informática relacionada con los sistemas DRM, incluidos los mecanismos de protección utilizados en el videojuego de Artes Electrónicas, Spore, que ha sido objeto de demandas colectivas en las que se alegan vulnerabilidades de seguridad. En 2010 se concedió una versión limitada de esta exención. Sin embargo, la exención no se renovó en 2012, dejando esta investigación vulnerable³⁸ a las acciones legales³⁹.

La lucha por las exenciones de DVD ofrece otro ejemplo revelador. Se han buscado exenciones para permitir a los críticos de cine publicar clips de películas, a los propietarios de DVD saltarse

³⁵ Recomendación de 2003 del Registro en 6. 7 17 U.S.C. § 1201(a)(1)(C).

³⁶ Recomendación del Registro de Derechos de Autor en RM 2002-4, 27 de octubre de 2003, 87-89, <http://www.copyright.gov/1201/docs/registers-recommendation.pdf>.

³⁷ Exención a la prohibición de eludir los sistemas de protección de los derechos de autor para las tecnologías de control de acceso, (Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies), 71 Fed. Reg. 68,472, 68,477 (Nov. 27, 2006), <http://www.copyright.gov/fedreg/2006/71fr68472.pdf>.

³⁸ Comentarios del Prof. J. Alex Halderman, <http://www.copyright.gov/1201/2008/comments/halderman-reid.pdf>.

³⁹ Véase Exención a la prohibición de eludir los sistemas de protección de los derechos de autor para las tecnologías de control de acceso (Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies), 77 Fed. Reg. 208 (26 de octubre de 2012) (se codificará en 37 C.F.R. pt. 201), <http://www.copyright.gov/fedreg/2012/77fr65260.pdf>.

los avances y anuncios "ineludibles" y a los compradores legítimos eludir las restricciones de "cifrado regional" en sus reproductores de DVD. Todas las solicitudes relacionadas con el DVD fueron denegadas en los reglamentos⁴⁰ trienales de 2000 y 2003. En 2006 se concedió una exención limitada de la DMCA para permitir a los profesores de cine crear compilaciones de películas para uso educativo en el aula⁴¹.

En 2009, los educadores renovaron su solicitud de una exención que permitiría a los profesores de cine, los educadores de estudios de medios de comunicación y los estudiantes utilizar clips cortos tomados de DVD con fines⁴² educativos. La EFF y Organization for Transformative Works también solicitaron una exención para permitir a los remezcladores extraer clips de DVD para crear vídeos de remezcla⁴³ no comerciales. Si bien la industria cinematográfica respaldó la renovación de la exención limitada a los profesores de cine, se opuso a toda ampliación para permitir otros usos no infractores de los DVD, llegando incluso a sugerir que los usuarios no infractores deberían grabar clips de DVD desde los televisores de pantalla plana⁴⁴. En una importante victoria para los remezcladores, educadores y otros innovadores, el Bibliotecario del Congreso finalmente aprobó varias solicitudes en 2010. Cada ciclo desde entonces, los educadores y otros defensores del interés público han dedicado innumerables horas a defender estos logros y a buscar un progreso incremental hacia el viejo statu quo del alcance total de los usos no infractores.

El proceso de exención es un régimen de licencias de palabra sin normas claras ni supervisión. La falta de salvaguardias logra que el proceso de EE.UU., en nuestra opinión, sea inconstitucional y lo pone en conflicto con las normas de derechos humanos. La versión mexicana proporciona aún menos orientación sobre cómo se tomarán las determinaciones sobre la libre expresión y otros derechos de los mexicanos, y la falta de limitaciones flexibles en la ley de derechos de autor, como el uso justo, limitará aún más la eficacia del procedimiento.

Conclusión

La historia de 22 años de abuso de la DMCA ha arrojado una larga sombra. Consumidores, investigadores, periodistas, programadores y otros deben ahora abordar las actividades no

⁴⁰ Oficina de Derechos de Autor, Recomendación del Registro de Derechos de Autor en RM 2002-4, 109-26 2003, <http://www.copyright.gov/1201/docs/register-recommendation.pdf>.

⁴¹ Declaración del Bibliotecario del Congreso sobre el Reglamento de la Sección 1201 (Statement of the Librarian of Congress Relating to Section 1201 Rulemaking), Oficina de Derechos de Autor (27 de noviembre de 2006), http://www.copyright.gov/1201/docs/2006_statement.html.

⁴² Comentarios de Renee Hobbs, Peter Decherney, Library Copyright Alliance, <http://www.copyright.gov/1201/2008/index.html>.

⁴³ Comentario de EFF y OTW, <http://www.copyright.gov/1201/2008/comments/lohmann-fred.pdf>.

⁴⁴ Jacqui Cheng, MPAA: Los maestros deben grabar monitores, no extraer DVDs, Ars Technica (MPAA: Teachers Should Videotape Monitors, Not Rip DVDS, Ars Technica) (7 de mayo de 2009), <http://arstechnica.com/tech-policy/news/2009/05/mpaa-teachers-should-video-record-tv-screens-not-rip-dvds.ars>.



infractoras con el temor a la responsabilidad legal, incluso si el litigio nunca se materializa. La DMCA ha dado a las fuerzas anticompetitivas, anti-consumidor y de discurso e investigación una herramienta poderosa que ahora requiere poco esfuerzo para su aprovechamiento. Dada la existencia de otros mecanismos legales para vigilar las infracciones reales, los costos superan con creces los beneficios. Les animamos a continuar esta importante conversación y a evitar esos costos, que perjudican tanto los derechos fundamentales como los intereses económicos de los mexicanos.