

**“MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD
INTELECTUAL EN INTERNET - LOS ACTOS ELUSIVOS -
LA PROTECCIÓN JURÍDICA CONTRA LA ELUSIÓN”**

Texto completo del trabajo presentado en el Congreso MERCOSUR de Derecho Informático celebrado en Córdoba, Argentina entre el 9 y 11 de Agosto de 2006

AUTOR: **HORACIO FERNANDEZ DELPECH**
[*hfernandez@hfernandezdelpech.com.ar*](mailto:hfernandez@hfernandezdelpech.com.ar)
[*www.hfernandezdelpech.com.ar*](http://www.hfernandezdelpech.com.ar)

I.-

Introducción

La casi totalidad de las legislaciones del mundo protegen a la obra intelectual, frente a la reproducción sin la autorización de su autor o editor, quienes son los legítimos titulares de los derechos de propiedad intelectual sobre las obras.

Desde hace ya muchos años el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas,¹ es el elemento madre y fundamental de tal protección, que las distintas legislaciones han ido también implementando en su diferentes normativas con características muy similares.

En la últimas décadas, la irrupción de las nuevas tecnologías informáticas, en particular de Internet, ha facilitado enormemente la divulgación de la obra intelectual, circunstancia que evidentemente es positiva en la medida que permite cada vez a mas personas tener acceso a la obra intelectual, pero que tiene también su aspecto negativo, en cuanto estas nuevas tecnologías facilitan la violación de los derechos de propiedad intelectual de los autores y editores.

La protección de la obra intelectual que el Convenio de Berna y las diferentes legislaciones han establecido, está pensada fundamentalmente para la obra escrita en formato papel, lo que hace que muchas situaciones de violación de los derechos de

¹ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886, completado, revisado y enmendado en 1896, 1908, 1914, 1928, 1948, 1967, 1971 y 1979.

propiedad intelectual que se producen en el mundo informático o de Internet no encuentren una adecuada respuesta en este tipo de protección.

Debemos tener en cuenta que hoy en día la reproducción de las obras intelectuales, mediante el uso de las nuevas tecnologías, se hace muy fácilmente y sin costos. Las copias que se realizan, ya sean de un original o de otra copia, son perfectas y su distribución a cualquier lugar del mundo se puede realizar en forma inmediata por Internet sin ningún costo.

De allí que sea importante analizar en que forma se pueden proteger los derechos de propiedad intelectual cuando esta se vuelca al mundo virtual de la red Internet.

No hace mucho tiempo en un trabajo presentado en un evento internacional dije que la protección de los derechos de propiedad intelectual en Internet, tenían como sus principales formas a:

- El depósito y registro de las obras;
- La gestión colectiva de los derechos;
- La implementación de medidas tecnológicas de protección;
- La protección contra las acciones elusivas de la medidas tecnológicas;
- La adecuación y armonización legislativa entre los estados;

En este trabajo trataré de analizar solamente el tema de la implementación de las medidas tecnológicas, así como la protección contra las acciones elusivas de esas medidas tecnológicas, lo que creo implica analizar una solución técnica como es la implementación de medidas tecnológicas, así como su consecuencia jurídica, la protección contra la elusión de la medida tecnológica.

II.-

Las medidas tecnológicas de protección

Las medidas tecnológicas de protección surgen como una respuesta técnica a la creciente violación de los derechos de los autores sobre sus obras intelectuales.

Se podría definir a las medidas tecnológicas de protección como sistemas informáticos cuya función es controlar y, en caso que sea necesario, impedir o restringir el uso en Internet de obras intelectuales protegidas por derechos de propiedad intelectual.

Las medidas tecnológicas son entonces la respuesta al intento de violar el derecho de propiedad intelectual de los autores y editores sobre sus obras, pero resulta también que ante esas medidas tecnológicas surge ya hoy en día un nuevo intento como es el de eludir tal medida tecnológica.

De allí entonces que no solo interesa analizar cuales son la medidas tecnológicas de protección, sino también intento ver, valga la aparente redundancia, como podemos proteger a esas medidas tecnológicas frente a los actos que tratan de violarlas, actos estos a los que se ha llamado actos elusivos.

Conforme la OMPI ², existen cuatro categorías de medidas tecnológicas de protección

- Medidas que protegen efectivamente un acto sujeto al derecho exclusivo de los autores;
- Sistemas de acceso condicionado;
- Dispositivos de marcado e identificación de las obras;
- Sistemas de gestión de derechos digitales DRM – Digital Right Management;

La primera categoría se refiere a ciertos dispositivos tecnológicos cuya finalidad es impedir que se realicen determinados actos que implican una violación al derecho de propiedad intelectual sobre una obra. Tal el caso de los dispositivos que impiden imprimir o copiar una obra de Internet.

La segunda categoría, referida a los sistemas de acceso condicionado, refiere a técnicas que condicionan el acceso a un sitio o a una obra incorporada a ese sitio, al cumplimiento de alguna condición preestablecida.

Tal el caso de los sitios que exigen una clave o contraseña previa al ingreso al sitio o a la obra protegida, o que utilizan sistemas criptográficos o de firma digital para posibilitar tal acceso. Notemos que estos sistemas controlan sólo el acceso inicial al sitio u obra.

La tercera categoría cumple una función diferente, ya que son técnicas que tienden a marcar e identificar de alguna forma a las obras protegidas, proveyendo así al titular del derecho una forma de demostrar que la obra ha sido reproducida indebidamente. Tal el

² ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – Taller sobre Cuestiones de Aplicación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) - Ginebra, 6 y 7 de diciembre de 1999.

caso de la impresión en las obras protegidas de filigranas visibles o invisibles (esteganografía), marcas de agua (watermarks), u otras técnicas de marcado. Su función básica es informar sobre la utilización indebida de la obra y servir como prueba a la hora de tener que demostrar esa reproducción indebida.

Por ultimo la OMPI se refiere a sistemas de gestión de derechos digitales, Digital Right Management (DRM), que son tecnologías utilizadas para la gestión de los derechos mediante sistemas que difunden y gestionan la utilización de las obras protegidas.

Las dos grandes funciones que cumplen los DRM son

- La gestión de los derechos digitales, identificando y describiendo las obras así como poniendo las reglas a cumplir para su utilización;
- La certificación de los contenido, haciendo cumplir las reglas.

Estas cuatro categorías descritas por la OMPI pueden encontrarse muchas veces en forma única o complementándose entre si, y tienden todas a proteger a la obra intelectual, fundamentalmente frente a su reproducción ilícita, ilicitud que deviene del legítimo derecho exclusivo de los autores y editores sobre sus obras.

Debo destacar también cuatro aspectos que, en mi opinión, las medidas tecnológicas de protección deben contemplar para ser validas y obtener entonces la protección de la ley.

Me refiero a que toda medida tecnológica

- Debe ser eficaz o efectiva. La medida tecnológica que puede ser violada por cualquiera no es eficaz y consecuentemente no es valida ni debe obtener la protección legal. Tal criterio es tomado tanto por los Tratados Internet como por la Directiva Europea ³
- No debe producir daño a los equipos de los usuarios. Es ilustrativo lo ocurrido no hace mucho tiempo en Estados Unidos y Europa cuando la empresa Sony BMG incorporó a gran cantidad de cd de música un sistema anticopia defectuoso que, al ser reproducidos esos cd en las computadoras, produjeron importantes daños,

³ La Directiva 2002/29/CE establece en su art. 6.3 2 parte: *“las medidas tecnológicas se considerarán “eficaces” cuando el uso de la obra o prestación protegida esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control de copiado, que logre este objetivo de protección”*

que obligaron a Sony a retirar del mercado esos cd , debiendo además resarcir por los daños causados.

- ❑ No puede invadir la privacidad de los usuarios. En el choque entre la medida tecnológica y la privacidad del usuario, debe primar sin duda alguna la privacidad de este, aunque con ello se desproteja a la obra.

Un interesante caso al respecto es la utilización como parte de la medida tecnológica de protección de cookies, que obtienen y difunden informaciones personales del usuario y violan de esta forma su privacidad;

- ❑ No puede dejar de informarse al consumidor sobre cualquier consecuencia querida o no querida que pudiera causarse , como podría ser una medida tecnológica anticopia que en determinados equipos impidiese la lectura del contenido protegido.

III.-

La elusión de las medidas tecnológicas de protección.

La protección contra la elusión

Pero así como se han desarrollado estas diversas tecnologías para proteger a las obras, también se han creado mecanismos destinados a eludir estas medidas tecnológicas.

A estos actos elusivos se los ha denominados "hacking" (ataque), e implican la manipulación de las medidas tecnológicas con la finalidad de limitar o eliminar su finalidad protectoria.

Frente a estos mecanismos elusivos es necesario entonces implementar una nueva protección contra las acciones elusivas de las medidas tecnológicas,

Podríamos decir entonces que se trata de dos soluciones distintas y complementarias entre si, la primera de carácter técnico tiende a proteger a la obra, y la segunda, de carácter jurídico y que es complementaria de la primera, trata de dar una protección no ya técnica sino jurídica frente al acto violatorio o elusivo de la protección técnica.

Con todo acierto Dean S. Marks y Bruce H. Turnbull han dicho: “Las medidas tecnológicas de protección necesitan un apoyo jurídico y legislativo adecuado, en primer lugar, para asegurar que se respetan dichas medidas y, en segundo lugar, para

disuadir la anulación de estas medidas por parte de personas que, de otro modo, infringirían los derechos de los propietarios del contenido...” ⁴

Esta protección jurídica frente al acto elusivo esta dirigida fundamentalmente

- A prohibir tales actos elusivos;
- A prohibir y/o controlar los dispositivos y/o servicios que puedan utilizarse a tal fin. Recordemos aquí que muchas veces existen dispositivos y/o servicios con múltiples usos, muchos de ellos lícitos, pero también en algunos casos con finalidades elusivas de las medidas de protección.
- A regular las limitaciones y/ excepciones a la protección contra los actos elusivos en determinados casos

IV.-

Los dispositivos y/o servicios de uso múltiple

Un tema interesante y conflictivo es de los dispositivos y/o servicios que si bien pueden servir para eludir medidas tecnológicas de protección de la propiedad intelectual tienen también otros usos legítimos y ajenos a la violación de derechos.

Se ha establecido así que los dispositivos y/o servicios que deben ser prohibidos son aquellos que han sido especialmente diseñados o producidos con la única o principal finalidad de eludir un mecanismo de control de acceso o de copia, excluyéndose así de la ilicitud a los dispositivos que tengan otros usos comerciales significativos que no sean de elusión.

Es interesante mencionar al respecto dos importantes fallos de la justicia norteamericana, que si bien no se refieren específicamente a la elusión en Internet, dan una respuesta analógica en este tema.

El primero es el precedente de la Corte Suprema Americana en autos Sony v. Universal Studios (Caso Betamax) del 17 de enero de 1984.

⁴ “Las Medidas Tecnológicas de Protección: El Punto de Encuentro de la Tecnología, el Derecho y las Licencias Comerciales” – OMPI - Taller sobre Cuestiones de Aplicación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) - Ginebra 6 Y 7 de Diciembre de 1999.

En este caso, Universal Studios y otras empresas acusaron a Sony, afirmando que sus equipos grabadores de cintas de video (VCRs) contribuían a infringir los derechos de copyright.

La Corte reconoció que los equipos podrían ser empleados con fines ilícitos, pero que también podían generar usos que no infringían los derechos de autor, como era la realización de copias para uso privado cubiertas por la doctrina del fair use, por lo que absolvió a Sony.

Se estableció así que *“No se puede prohibir el desarrollo de una tecnología cuando existen usos legítimos de la misma y que no puede considerarse culpable a una empresa por el uso ilegal que los usuarios le den a su tecnología”*

Veinte años después, el 27 de junio de 2005, la Corte Americana tuvo oportunidad de pronunciarse nuevamente sobre el tema en el caso “Metro Goldwyn Mayer (MGM) v. Grokster”.

Se demandó allí a Grokster por distribuir software que permitía a los usuarios conectarse entre si e intercambiar distintos archivos con contenidos multimedia (música, imágenes, etc.)

Se hizo lugar a la demanda condenando a Grokster, por considerar que alguien que distribuye un producto con el objetivo de promover su uso para infringir el copyright puede ser responsabilizado de lo que hagan terceras partes con su producto.

Muchos autores han considerado que el caso Grokster cambio la jurisprudencia Betamax, ya que mientras que en Betamax se había absuelto al admitir la existencia lícita de dispositivos de uso múltiple, en el caso Grokster se había en cambio condenado y responsabilizado por la distribución de estos dispositivos de uso múltiple.

Personalmente no comparto esta idea.

Creo que la jurisprudencia no ha cambiado, si bien en un caso se condenó y en el otro se absolvió.

Para llegar a esta conclusión, creo que debemos tener en cuenta los fundamentos de ambos fallos en los que si bien se acepto la licitud de dispositivos de uso múltiple, en un caso se absolvió por considerar este posible uso múltiple, mientras en el otro caso se condeno, por haberse probado que si bien el dispositivo era de uso múltiple en el caso juzgado estaba acreditado que la principal función del dispositivo había sido infringir los derechos de los autores.

V

Actos de elusión de medidas tecnológicas permitidos por la ley

Pareciera que el título de este apartado es absurdo o contradictorio. ¿Como puede ser que existan actos de elusión permitidos por la ley?

Pero efectivamente, existen tales actos y ellos derivan de ciertas situaciones especiales en las que las legislaciones han contemplado la permisibilidad del acto elusivo en beneficio de determinados intereses especiales.

Notemos que los propios Tratados de Internet que veremos luego, contemplan tales situaciones cuando en la parte final de los arts. 11 (WCT) y 18 (WPPT) expresan: “.....y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados.... o permitidos por la Ley”.

Las medidas tecnológicas pueden impedir el acceso a obras que ya han pasado al dominio público y respecto de las cuales, consecuentemente, su uso o reproducción es libre, o impedir el acceso a obras que legalmente no se encuentran protegidas, como son las normas legales o la jurisprudencia de los tribunales de justicia .

Encontramos también situaciones que las legislaciones han considerado como excepciones al derecho exclusivo de reproducción.

Esta última situación pueda darse fácilmente en legislaciones que permiten la copia privada (España), el fair use (EE.UU.), o en las que existen importantes excepciones como las referidas a los no videntes, a las bibliotecas, a la ingeniería reversa, a la investigación sobre encriptación, etc.

¿Como lograr entonces establecer la prohibición del acto elusivo, sin afectar estos casos especiales en que tal acto elusivo no es ilegal ya que conforma una excepción al derecho?

Algunas legislaciones al establecer la ilicitud de los actos elusivos han contemplado además estas situaciones excepcionales, estableciendo que los titulares de los derechos deben garantizar la libre utilización de la obra en los casos de excepción. Otras en cambio, han establecido la ilicitud genérica del acto elusivo y, como excepción, la licitud del acto elusivo cuando el mismo solo tiene como objetivo la

obtención de una obra protegida tecnológicamente, respecto de la cual existe una excepción al derecho exclusivo de autorizar su uso o reproducción.

Se ha dicho también que para que el acto elusivo sea lícito, debe cumplirse con la

prueba de las tres fases consagrado por el art. 9.2 del Convenio de Berna ⁵, en cuanto a que:

- La excepción solo puede tener lugar en caso especiales;
- La excepción solo puede ejercerse cuando no atente contra la explotación normal de la obra;
- La excepción no debe causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor;

VI

La protección jurídica contra las acciones destinadas a eludir las medidas tecnológicas de protección en los tratados de la OMPI

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) ha participado activamente en los debates internacionales relacionados con el establecimiento de una nueva normativa que protegiese a los derechos de autor, incluyéndose expresamente su divulgación por Internet, ya que la normativa del Convenio de Berna se ha hecho insuficiente y no adecuada frente a la irrupción de Internet.

Entre el 2 y el 20 de diciembre de 1996 se celebró en Ginebra la Conferencia Diplomática de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Ciertas Cuestiones relativas a los Derechos de Autor y Derechos Vinculados, adoptándose allí dos tratados de singular importancia: el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor ⁶ (conocido como TODA o WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas ⁷ (conocido como TOIEF o WPPT).

⁵ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas - Artículo 9 : "1) Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma. 2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. 3) Toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción en el sentido del presente Convenio".

⁶ TODA sigla en español y WCT sigla en inglés y que corresponde a Wipo Copyright Treaty

⁷ TOIEF. sigla en español y WPPT sigla en inglés y que corresponde a WIPO Performances and Phonograms Treaty

A estos tratados se ha dado en llamar "**Tratados de Internet**", ya que contienen una serie de cláusulas que ofrecen ciertas respuestas, creo insuficientes, a los desafíos impuestos por la tecnología digital y al entorno de Internet.

Se establecen así una serie de normas básicas de reafirmación de la protección para el derecho de autor y los derechos conexos en Internet y otras redes digitales, conteniendo una actualización general de los principios jurídicos que sustentan la protección internacional del derecho de autor y los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas en el ciberespacio y, más especialmente, en Internet.

Ambos Tratados se encuentran ya vigentes y se refieren al tema en análisis, y si bien no establecen un régimen de protección muy detallado, disponen que los estados deben adoptar una protección jurídica contra la elusión de medidas tecnológicas, pero no indicando como debe ser esa protección.

Estos tratados adoptan un texto casi idéntico en sus arts. 11 (WCT) y 18 (WPPT)

El artículo 11 del **Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor de 1996**, y con relación a las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas, establece:

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

Por su parte el artículo 18 del **Tratado de la OMPI sobre Fonogramas de 1996**, y con relación a las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas, establece:

“Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por artistas intérpretes o ejecutantes o productores de fonogramas en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado y que, respecto de sus interpretaciones o ejecuciones o fonogramas, restrinjan actos que no estén autorizados por los artistas intérpretes o ejecutantes o los productores de fonogramas concernidos o permitidos por la Ley.

Podemos ver que tanto en el Tratado sobre Derecho de Autor (WCT) como en el Tratado sobre Fonogramas (WPPT) se establece la protección contra la acción elusiva

de la medida tecnológica pero no se precisa como debe darse esa protección ni que actos deben ser prohibidos.

En particular no se contemplan las situaciones preparatorias de la acción elusiva como son:

- La fabricación de dispositivos técnicos, y
- La comercialización de tales dispositivos técnicos

Vemos también que en la parte final de ambas normativas se establece la posible existencia de ciertas situaciones en que, ya se por autorización de los autores o por imperativo legal, se podría eludir la medida tecnológica.

VII.-

La protección jurídica contra las acciones destinadas a eludir las medidas tecnológicas de protección en la Directiva Europea

Ya en el año 1991, la Directiva 91/250/CEE sobre Protección Jurídica de los Programas de Ordenador, establecía en el art. 7 que los estados miembros debían adoptar medidas adecuadas contra las personas que cometieran una serie de actos violatorios de los derechos de propiedad intelectual, especificando entre estos actos violatorios, en el inc. c), a *“la puesta en circulación o tenencia con fines comerciales de cualquier medio cuyo único propósito sea facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se hubiere utilizado para proteger a un programa de ordenador”*

Diez años después la Directiva 2001/29/CE del Parlamento de Europa y del Consejo (Directiva de los Derechos de autor en Internet) ⁸, ha establecido en su art. 6 que los estados miembros establecerán una protección jurídica adecuada contra la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva, cometida por una persona a sabiendas, o teniendo motivos razonables para saber que persigue ese objetivo (primer parte del art. 6).

⁸ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información

Vemos que se contempla tanto el accionar doloso (“a sabiendas”) o culposo (“teniendo motivos razonables para saber”) del autor del acto elusivo.

La Directiva también permite a los estados miembros establecer una protección contra la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, publicidad o posesión con fines comerciales, de cualquier producto o dispositivo que tenga por finalidad la elusión de las medidas tecnológicas (segunda parte del art. 6).

En el art. 6.3 se define a las medidas tecnológicas, estableciendo que “...a efectos de la presente Directiva, se entenderá por "medidas tecnológicas" toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos afines a los derechos de autor establecidos por ley o el derecho sui generis previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE. Las medidas tecnológicas se considerarán "eficaces" cuando el uso de la obra o prestación protegidas esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control del copiado, que logre este objetivo de protección”.

El apartado 4 del art. 6 refiere a la medida tecnológica frente a las diferentes situaciones de excepción o limitación al derecho de sus titulares.

Hago presente que si bien la Directiva debería haberse incorporado a las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea antes del 22 de diciembre de 2002, muchos países aún no lo han hecho.

VIII.-

Estados que han incorporado a sus legislaciones normas destinadas a la protección contra la elusión de medidas tecnológicas

Una revisión de la legislación comparada me permite señalar que muchos estados, ya sea en cumplimiento de las disposiciones de los Tratados Internet de la OMPI o de la Directiva Europea, han incorporado a sus legislaciones normas de protección contra la elusión de medidas tecnológicas, aunque la terminología utilizada y el grado de protección varían de una legislación a otra en forma substancial.

Debemos tener en cuenta que ello se produce ya que la protección de los derechos intelectuales se da en forma diferente en muchos estados, por lo que las normas jurídicas antielusivas debe ser también diferentes, ya que deben adecuarse a las características legislativas de protección de cada estado.

Párrafos atrás, cuando comente los Tratados Internet de la OMPI, manifesté que ellos no establecían un régimen de protección antielusivo muy detallado, ya que solo disponían que los estados debían adoptar una protección jurídica contra la elusión, pero no indicaban como debía ser esa protección.

Algunos autores han criticado esta vaguedad de los Convenios manifestando que los mismos debieron ser mas concreto y debieron haber establecido una protección mas estricta y detallada.

Personalmente, creo lo contrario.

Los Convenios Internet parten de la sabia premisa de que la protección jurídica que se propone esta dirigida a todos los estados miembros de la OMPI y que en las legislaciones de estos estados miembros, las formas y grados de protección de la propiedad intelectual, y las excepciones a esa protección, son diferentes entre un estado y otro, y consecuentemente proponer convencionalmente una protección muy detallada hubiera sido contraproducente ya que no se hubiera adecuado a algunas legislaciones.

El Comité Permanente de Derechos de Autor y Derechos Conexos de la OMPI, en un estudio sobre la aplicación de los Tratados Internet, realizado ya hace algún tiempo, señala que de los 39 estados que a esa fecha habían adherido o ratificado los Tratados, 22 de ellos habían ya incorporado a sus legislaciones normas antielusivas con diferentes características.

Seria largo y tedioso repetir acá las normativas antielusivas adoptadas en el mundo. Es por ello que solo me referiré a algunas de las legislaciones y en la medida de sus características especiales, que muestran un abanico de posiciones diferentes, en donde si bien todas protegen jurídicamente frente al acto elusivo, lo hacen con características y alcances muy distintos.

Vemos así como en **Estados Unidos** la Digital Millenium Copyright Act (DMCA) de Octubre de 1998 en su Cap.12 . Secc.1201, establece tres tipos de medidas frente a diferentes actividades ilícitas elusivas:

- Medidas Tecnológicas Anti Acceso: Estableciéndose que el acto de elusión de las medidas tecnológicas ante acceso **es ilícito**
- Medidas Tecnológicas Anti Copia: Estableciéndose que el acto de elusión de las medidas tecnológicas ante copia **no es ilícito** ya que se admite el fair use
- Medidas preparatorias: Estableciéndose que la fabricación o venta de dispositivos o la prestación de servicios (anti acceso o anti copia) **es ilícita**

Para la DMCA los dispositivos prohibidos son los inicialmente diseñados o producidos con la finalidad de eludir un mecanismo de control de acceso o de copia (productos, servicios, dispositivos o componentes). Se excluye entonces de la prohibición a los dispositivos que tengan otros usos comerciales significativos que no sean de elusión. Se excluye también de la prohibición a los que no sean comercializados con finalidades elusivas.

La Jurisprudencia Norteamericana ha considerado una infracción al mero hecho de enviar un enlace a un software que pueda ser utilizado para eludir medidas tecnológicas de protección.

La DMCA contempla tanto la responsabilidad civil (indemnizaciones de daños y perjuicios), como responsabilidad penal, estableciendo que si los actos elusivos son intencionadas y tienen ánimo de lucro, los infractores por primera vez pueden ser condenados a multas de hasta 500.000 dólares o cinco años en prisión, o ambas sanciones. En caso de reincidencia la pena máxima asciende a una multa de 1.000.000 de dólares, hasta diez años de prisión, o ambos.

Interesante es el caso de **Australia**, en donde la Copyright Amendment Act del año 2000 solo establece la ilegalidad de los actos preparatorios, como fabricación o comercialización de dispositivos o servicios utilizados para eludir medidas tecnológicas de protección de los derechos de los autores.

No se establece en cambio la ilegalidad del simple hecho de eludir una medida tecnológica de control de uso o acceso. .

En **España**, el Código Penal, en el Capítulo XI referido a los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, establece en el art. 270 apartado 3: *“Será castigado también con la misma pena quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras,*

interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo".⁹

Por su parte el texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, con las modificaciones recientemente aprobadas¹⁰, establece en el nuevo texto del art. 160 que los titulares de derechos de propiedad intelectual reconocidos en la Ley, podrán ejercitar las acciones previstas en el Título I del Libro III de la misma¹¹, contra:

- quienes, a sabiendas o teniendo motivos razonables para saberlo, eludan cualquier medida tecnológica eficaz.
- quienes fabriquen, importen, distribuyan, vendan, alquilen, publiciten para la venta o el alquiler, o posean con fines comerciales, cualquier dispositivo, producto o componente, así como quienes presten algún servicio que, respecto de cualquier medida tecnológica eficaz:
 - a) sea objeto de promoción, publicidad o comercialización con la finalidad de eludir la protección, o
 - b) sólo tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección, o
 - c) esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección.

La nueva norma también establece en el art. 161, mecanismos para que las medidas de protección sean levantadas en los casos en que las mismas impidan el disfrute de algunos de los límites establecidos por la Ley para los derechos de autor.

En la **República Oriental del Uruguay** el art. 46 inc. B de la ley 9739 (con la modificación introducida por la ley 17616), castiga con pena de tres meses de prisión a tres años de penitenciaría a quien que fabrique, importe, venda, dé en arrendamiento o ponga de cualquier otra manera en circulación, dispositivos o productos, los componentes o herramientas de los mismos o preste cualquier servicio cuyo propósito sea impedir, burlar, eliminar, desactivar o eludir de cualquier forma, los dispositivos técnicos que los titulares hayan dispuesto para proteger sus respectivos derechos. Nótese que no se establece sanción para la persona que cree o utilice el dispositivo elusivo para uso personal.

⁹ La pena establecida es de prisión de seis meses a dos años o de multa de seis a veinticuatro meses

¹⁰ Ley 23/2006 del 7.7.06 por la cual se modifica el texto refundido de la ley de Propiedad Intelectual aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/96 (B.O.E. 8.07.06)

¹¹ Acciones de daños materiales, morales causados y medidas cautelares – arts. 138 a 143 tipo I libro III

En el **Perú** la Ley de Derechos de Autor, Decreto 822/96 establece:

- Que el titular del derecho patrimonial sobre una obra puede implementar mecanismos de protección;
- Que es ilícita la importación, fabricación, venta, alquiler de aparatos o dispositivos destinados a la elusión de medidas tecnológicas;
- Se establecen multas, y se modifica el Código Penal dando nueva redacción al art. 218, que establece penas de 2 a 8 años de prisión y multa.

En **Costa Rica**, la Ley 8039 de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, dictada en el año 2000, dispone:

“Artículo 62: Será sancionado con prisión de uno a tres años quien, en cualquier forma, altere, suprima, modifique o deteriore los mecanismos de protección electrónica o las señales codificadas de cualquier naturaleza que los titulares de derechos de autor, artistas, intérpretes o ejecutantes, o productores de fonogramas hayan introducido en las copias de sus obras, interpretaciones o fonogramas, con la finalidad de restringir su comunicación al público, reproducción o puesta a disposición del público”.

En **Colombia**, el Código Penal, con las modificaciones de la ley 1032 del 22.6.06, establece en su art. 272: *“Violación a los mecanismos de protección de derecho de autor y derechos conexos, y otras defraudaciones. Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, quien:*

- 1. Supere o eluda las medidas tecnológicas adoptadas para restringir los usos no autorizados.*
- 2. Suprima o altere la información esencial para la gestión electrónica de derechos, o importe, distribuya o comunique ejemplares con la información suprimida o alterada.*
- 3. Fabrique, importe, venda, arriende o de cualquier forma distribuya al público un dispositivo o sistema que permita descifrar una señal de satélite cifrada portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de esa señal; o, de cualquier forma, eluda, evada, inutilice o suprima un dispositivo o sistema, que permita a los titulares del derecho controlar la utilización de sus obras o fonogramas, o les posibilite impedir o restringir cualquier uso no autorizado de estos.*
- 4. Presente declaraciones o informaciones destinadas directa o indirectamente al pago, recaudación, liquidación o distribución de derechos económicos de autor o derechos conexos, alterando o falseando, por cualquier medio o procedimiento, los datos necesarios para estos efectos”.*

En **Honduras**, la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos (Decreto 4-99-E de Enero de 2000, establece en su art. 167:

“Artículo 167.- Constituye violación al derecho de autor y de los derechos conexos, y por lo tanto será sujeto a sanción todo acto ilícito, que en cualquier forma restrinja o perjudique los derechos morales o patrimoniales del autor y titulares, tales como:....18) La fabricación o la importación, para la venta o el alquiler, de un dispositivo o medio especialmente concebido o adaptado para volver inoperante, todo dispositivo o medio destinado a impedir o a limitar la reproducción de una obra o a deteriorar la calidad de ejemplares realizados.

19) La fabricación o la importación, para la venta o el alquiler, de un dispositivo o medio que permita o facilite la recepción de un programa codificado, radiodifundido o comunicado en cualquier otra forma al público, por personas que no están habilitadas a recibirlo....”.

En **Nicaragua**, la Ley 312 de Derechos de Autor y Derechos Conexos dispone:

“Art. 111. Los siguientes actos serán considerados ilícitos y se asimilarn a una infracción de los derechos de los autores y de los demás titulares del derecho de autor:

1) la fabricación o la importación, para la venta o el alquiler, de un dispositivo o medio especialmente concebido o adaptado para volver inoperante todo dispositivo o medio encaminado a impedir o a limitar la reproducción de una obra o a deteriorar la calidad de los ejemplares realizados.

2) la fabricación o la importación, para la venta o el alquiler, de un dispositivo o medio que permita o facilite la recepción de un programa codificado, radiodifundido o comunicado en cualquier otra forma al público, por personas que no están habilitadas a recibirlo...”.

En **Eslovenia**, la Copyright and Related Rigths Act establece:

“Artículo 166.a: Protección de medidas tecnológicas

1) Se considera que una persona infringe los derechos exclusivos concedidos por esta ley, cuando comete cualquier acto contra-protector con el fin de eludir medidas tecnológicas eficaces, diseñadas para proteger los derechos concedidos en esta ley

2) medidas tecnológicas según lo mencionado en el apartado anterior, significan cualquier tecnología, programa de computadora u otras medidas que fueran diseñadas, en el curso normal de su operación, para prevenir o inhibir la infracción a los derechos protegidos por esta ley. Estas medidas serán consideradas eficaces, cuando este controlado el acceso o el uso de un trabajo con copyright o de un tema de los

derechos relacionados con un proceso de protección que alcance ha proteger de una manera operativa y confiable con la autorización de los titulares de derecho.

(3) un acto contra-protector según lo mencionado en el primer párrafo de este artículo, significa cualquier elusión de una medida tecnológica eficaz. Significa además la fabricación, importación para la distribución, distribución, venta, alquiler, publicidad para la venta o alquiler, o posesión para propósitos comerciales de una tecnología, programa de computación, o la provisión sin autorización de servicios que:

- 1. se anuncian o se ponen con el fin de eludir medidas tecnológicas eficaces,*
- 2. tenga un propósito comercial significativo o se utilicen solamente para eludir las medidas tecnológicas eficaces, o*
- 3. se diseñan, produzcan, adaptan o se realizan con el fin de eludir las medidas tecnológicas eficaces.*

(4) este artículo se aplicará mutatis mutandis también a cualquier programa tecnológico o programa de computación por el cual la gestión electrónica de derechos sea eliminada o alterada”¹²

He transcripto esta norma reciente de la legislación Eslovena ya que la considero muy completa.

En **Brasil** el art. 107 de la ley de derechos de autor reformada en 1998¹³, establece el pago de indemnizaciones para quienes alteren, supriman, modifiquen o inutilicen de cualquier manera, dispositivos técnicos introducidos en las obras para evitar o restringir su copiado.

La ley brasilera no contempla la protección frente al acceso ni a las actividades preparatorias.

IX

Situación en la República Argentina

Pese a que la República Argentina ha suscripto los Tratados Internet de la OMPI y los ha aprobado por Ley 25140, y que estos imponen el dictado de una normativa nacional que fije una efectiva prohibición a determinados actos elusivos, lamentablemente tal normativa aun no se ha dictado habiendo, incumplido consecuentemente la Argentina con la obligación asumida al firmar y aprobar por ley los referidos Tratados.

¹² Traducción no oficial del texto original

¹³ Lei nº 9.610, de 19.02.98

Tampoco se conoce hasta el presente ningún estudio a nivel oficial ni proyecto de ley tendiente a dar cumplimiento a tal obligación.

Sin embargo, algunos autores consideran que es posible en la Argentina invocar una protección jurídica contra los actos elusivos de las medidas tecnológicas, a nivel civil, fundándose en la operatividad normativa que atribuyen a los tratados Internet.

Afirman que ello es posible, teniendo en cuenta:

- ❑ Que los Tratados Internet de la OMPI fueron suscriptos por la República Argentina;
- ❑ Que dichos tratados fueron aprobados por ley 25140;
- ❑ Que conforme al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes;
- ❑ Que la Corte Suprema de Justicia ha establecido que: *“cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso”*.¹⁴

Personalmente no comparto esta opinión en cuanto a la operatividad de los Tratados Internet en la Argentina.

Creo que, tanto la redacción del texto del art. 11 del Tratado sobre Derechos de Autor como del texto del art. 18 del Tratado sobre Fonogramas, no permiten afirmar su inmediata operatividad en la Argentina, por tratarse de normas programáticas, que requieren el dictado nacional de una normativa expresa.

Pese ello, creo que la ley 11723 y el régimen de responsabilidad de nuestro Código Civil, posibilita fundar la plena responsabilidad civil de quienes efectúen intencionalmente actos elusivos de medidas tecnológicas de protección, y de esta forma causan un daño, basándose para ello en criterios de responsabilidad subjetiva, conforme los arts. 1109 y 512 del Código Civil

¹⁴ Corte Sup., 07/07/1992 - Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Sofovich, Gerardo y otros

Destaco también que el art. 79 de la Ley 11723 menciona entre las medidas preventivas que pueden decretar los jueces a *“toda medida que sirva para proteger eficazmente los derechos que ampare esta ley”*.

Considero también que tal protección contra la elusión no existe a nivel penal por falta de expresa tipificación legal, por lo que tanto los actos preparatorios como los propios actos de elusión en ningún caso configuran delito en la República Argentina.

Es de esperar que el tema sea contemplado por los poderes del estado y que se promueva una normativa expresa que de cumplimiento a la obligación asumida por nuestro país en los Tratados Internet, en cuanto a proporcionar protección jurídica contra las acciones elusivas de las medidas tecnológicas de protección de la propiedad intelectual.

HORACIO FERNANDEZ DELPECH
AGOSTO DE 2006