

DERECHO PENAL

Un nuevo reto del Derecho en la edad de la información

Consideraciones sobre el delito de daños informáticos, en especial sobre la difusión de virus informático

Modelos de imputación en el Derecho penal informático

Propiedad intelectual digital: responsabilidad penal

Protección penal del software

Algunos aspectos dogmáticos de la delincuencia informática

UN NUEVO RETO DEL DERECHO EN LA EDAD DE LA INFORMACIÓN

*Ernesto Rengifo García**

1. En la edad de la información, el conocimiento se considera el recurso esencial, por encima de los tradicionales factores de producción: la tierra, el capital y el trabajo. Esta circunstancia según la cual el conocimiento se ha convertido en el recurso fundamental es lo que ha ocasionado importantes transformaciones en el mundo del Derecho y, por supuesto, en el Derecho penal.

En la hora actual se enseña que la información se puede proteger mediante el régimen del Derecho de autor (*copyright*), el régimen de patentes o el de los secretos empresariales¹. Sin embargo, se dice que la protección de la información mediante el Derecho de autor es insuficiente y limitada por cuanto el *copyright* lo que otorga es una protección de formas y no de contenidos. Bien se sabe que el Derecho de autor no protege las ideas *per se*, sino su forma de expresión. La protección vía patentes implica una divulgación de la información para que el Estado si la considera relevante (nueva, no obvia, con aplicación industrial y acompañada de una descripción clara y suficiente) le otorgue derechos exclusivos al inventor (*ius excludendi alios*). Y el régimen jurídico de los secretos empresariales exige para efectos de protección cinco requisitos: que la información sea verdaderamente confidencial; que el titular haya tomado los pasos necesarios para preservarla como confidencial; que exista un acuerdo implícito

* Profesor titular de Derecho de Contratos de la Universidad Externado de Colombia y Director del Departamento de la Propiedad Intelectual en la misma Universidad.

1 A los secretos empresariales también se les denomina “información privilegiada”, “secretos industriales” o “*know how*”. Aquí se usa la nomenclatura “secretos empresariales”, que es la utilizada por la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones.

o explícito de confidencialidad; que la información tenga un valor comercial y, por último, que la información conste en documentos, medios electrónicos, discos ópticos u otros elementos similares. Se observa, respecto de este último instrumento legal de protección de la información, que la carga probatoria, en caso de violación del secreto, es bastante ardua y exigente.

Pues bien, la nueva economía basada en la información (*knowledge-based economy*) es la que reclama mayor protección, alcanzando incluso, no se sabe si con buen criterio, al Derecho penal. Mejor dicho: por presiones evidentes ejercidas por representantes de importantes sectores de la economía mundial, el Derecho penal ha tenido que ajustarse para adecuar su ámbito de protección y recoger nuevas realidades propias de una economía que gira en torno del conocimiento y de la producción de bienes inmateriales e intangibles. Dicha adecuación se ha visto fundamentalmente expresada en las recientes reformas penales mediante la creación de nuevos tipos penales o con la ampliación de contenidos en tipos penales existentes. Es evidente la ampliación de todos los tipos penales relacionados con el Derecho de autor y la propiedad industrial. Así, por ejemplo, el tipo penal de usurpación de los derechos de propiedad industrial recoge nuevos derechos de protección, así como introduce nuevos ingredientes normativos; el tipo penal referido a los secretos recoge como objeto de protección no solo a los secretos empresariales, sino también a los comerciales². La ampliación de la protección a los derechos de autor se había ya expresado con la Ley 599 del año 2000 y ante presión de la industria proveedora de contenidos en la red se ha acrecentado con la expedición de la Ley 1032 de 2006. Así mismo, la explotación de las obras con el uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación le impone nuevos retos al Derecho penal.

El Derecho de autor protege las creaciones literarias, artísticas y científicas, así como los derechos conexos al autor, esto es, a los artistas intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y a los organismos de radiodifusión, y modernamente las nuevas tecnologías de la información han encontrado en el Derecho de autor su régimen de protección: los programas de computador, las bases de datos, las obras creadas por computador, los contenidos que se transmiten a través de la comunicación satelital o que se hallan y se distribuyen en la red. De modo pues que es lógico hablar de un Derecho de autor clásico que protege las tradicionales creaciones del espíritu y un Derecho de autor moderno que se ha tratado de acomodar con los extraordinarios adelantos que el hombre moderno vive en materia de información, tecnología y diseminación del conocimiento. Ese moderno Derecho de autor es el que se aprecia fundamentalmente en el ciberespacio. El Derecho de autor ha querido responder a los nuevos retos de la

2 En Colombia las modificaciones han sido palmarias. Véanse los arts: 306, 308 del Código Penal y la Ley 1032 de 2006, a la cual nos referiremos posteriormente por la incidencia que tiene en el desarrollo de este escrito.

tecnología digital con dos tratados internacionales, llamados “los tratados internet” y los cuales se encuentran incorporados en nuestra legislación³.

2. En esencia, el Derecho de autor busca lograr un punto de equilibrio entre los intereses privados y públicos basado en la equidad, la competencia leal y el acceso justo al disfrute de las creaciones del intelecto humano⁴. Ese equilibrio se logra, por ejemplo, compensando al autor al concedérsele un monopolio de explotación exclusiva sobre su obra, pero por un término fijado previamente en la ley (vida del autor y ochenta años más); así mismo con la institución de las limitaciones y excepciones al Derecho de autor e, incluso, con la aplicación de la regla según la cual el Derecho de autor no protege las ideas, sino su expresión.

Con el Estatuto de la Reina Ana de 1709 en Inglaterra se inicia el verdadero reconocimiento legal a los autores. En el título del referido Estatuto se lee: “*An act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the authors or purchasers of such copies, during times therein mentioned*”, esto es, “Un Acta para el estímulo del saber, atribuyendo los ejemplares de sus libros impresos a los autores o cesionarios de tales ejemplares, durante el tiempo en ella mencionado”. En virtud del Estatuto de la Reina Ana se acaba con el privilegio de los editores y se reconoce que el derecho para editar la obra es de los creadores. En consecuencia, se modifica enteramente el sistema, porque de un derecho exclusivo de los editores reconocido por el viejo y criticado sistema de los “privilegios”, que se concedían por gracia del rey, se pasa al reconocimiento de la titularidad exclusiva de la obra a favor de los autores, quienes podrán ceder el derecho de publicación de la obra a los editores, de acuerdo con las condiciones económicas que convengan. Lo que se quiere destacar para efectos de

-
- 3 Entre el 2 y el 20 de diciembre de 1996 tuvo lugar en Ginebra, Suiza, la Conferencia Diplomática de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) que dio como resultado el Tratado sobre Derecho de Autor (TODA) y el Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF), denominados “Tratados Internet”, cuya finalidad esencial es la de adecuar el Derecho de autor y conexos a las nuevas modalidades de explotación con la ayuda de las tecnologías de la información y comunicación, creando sobre este tema un marco normativo a nivel mundial. Estos dos tratados se caracterizan por haber constituido un esfuerzo normativo para resolver aquellas cuestiones del Derecho de autor que necesitaban de solución con la nueva tecnología digital, y tienen como virtud su aplicación mundial, más allá del Derecho de los llamados países desarrollados. Colombia fue uno de los primeros países en ratificar esos tratados de 1996: el TODA mediante la Ley 565 del 2 de febrero de 2000 y el TOIEF en virtud de la Ley 545 del 23 de diciembre de 1999. Estos tratados entraron en vigor el 6 de marzo de 2002 y el 20 de mayo de 2002 respectivamente, tres meses después de que 30 Estados depositaron sus instrumentos de ratificación o adhesión.
- 4 El art 27 de la Declaración de Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1948 señala: “1.º Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2.º Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le corresponden por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”. Mientras el primer numeral establece el derecho a la cultura (podríamos agregar a su acceso), el segundo establece la propiedad de la creación para sus autores.

este escrito es la razón filosófica –teórica y práctica– que subyace en el Estatuto, esto es, el de ser “*A un act for the encouragement of learning*”, una norma para estimular el conocimiento.

3. La relación entre tecnología y derechos de autor no ha sido fácil ni pacífica. La fotografía, la fotocopidora, la doble casetera, la videgrabadora, la tecnología *peer to peer* que facilita la descarga de contenidos musicales digitales, el MP3, el iPod, han planteado cuestionamientos sobre todo por los autores y, hoy, por los proveedores de contenidos (literarios, gráficos, musicales) en el ciberespacio. La pugna es evidente entre los titulares de los derechos sobre los contenidos y aquellos que pregonan a ultranza el acceso a la cultura y al conocimiento propiciado por las nuevas tecnologías de la información. Una reflexión, de tinte anarquista, nos describe el contexto de este “nuevo”, pero no desconocido, debate:

Gobiernos del mundo industrializado, gigantes, obsoletos de carne y acero, escuchadme: llego del ciberespacio, la nueva morada del espíritu [...] No os queremos entre nosotros, en el terreno donde nos reunimos no sois soberanos [...] vuestros conceptos jurídicos de propiedad, de expresión, de identidad, de movimiento y de contexto no se aplican a nosotros. Están basados en la materia, y aquí no hay materia. La misión de los pobladores del ciberespacio es, en su sentir, la de crear una civilización del espíritu en el ciberespacio [...] más humana y más justa que el mundo antes regido por los gobiernos⁵.

Esa pugna entre Derecho y acceso es la que se observa con los movimientos de *open source* o código abierto en materia de informática, y la cual se ha trasladado a muchas otras áreas del conocimiento: así a la educación y la genética. Todo lo cual se podría explicar con una sentencia ilustrativa y exagerada: el conocimiento es de todos, no puede existir apropiación privada sobre el mismo.

4. Si existe alguna institución verdaderamente razonable y tendente a lograr un justo equilibrio entre los derechos exclusivos, en que consisten los Derechos de autor, y la sociedad, es precisamente la institución de los límites y excepciones al Derecho de autor, y ello en la medida en que éstos buscan que por ciertas y precisas razones de cultura e información se pueda usar la obra, sin autorización de su titular. Y es que, en efecto, del ejercicio de esos límites es que depende en gran medida el avance de la cultura, la diseminación de informaciones, la pervivencia de bibliotecas públicas, los desarrollos y avances en el campo de la ciencia, el entretenimiento, y en el disfrute de manifestaciones intelectuales del BICHO HUMANO. Si no existiese la figura de los límites

5 JOHN PERRY BARLOW, cofundador de la Frontera Electrónica de Davos (Suiza), extracto de su “Declaración de Independencia del Ciberespacio”, citado por SOFÍA RODRÍGUEZ MORENO *La era digital y las excepciones y limitaciones al Derecho de autor*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 119.

a los derechos de explotación de las obras, el avance de la sociedad, de las artes, de la ciencia y sus beneficios, se detendría ostensiblemente y se afectarían, mayormente, las sociedades en vía de desarrollo, en donde muchos de sus avances o progresos dependen del acceso y uso libre de la información.

Empero, no todo es límite y excepción al justo ejercicio de los derechos de explotación que tiene un autor o un titular sobre la creación protegida. Los límites deben respetar el principio de las tres reglas (*three step test*), el cual aparece consagrado en varios tratados internacionales⁶ y, por supuesto, en nuestra norma comunitaria andina que, como se sabe, hace parte de nuestro Derecho interno.

En el artículo 21 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena se dispone lo que sigue: “Las limitaciones y excepciones al Derecho de autor [...] se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos”. En consecuencia, los límites valen en tanto y en cuanto (i) sean excepcionales, esto es, no sean norma general de la legislación, (ii) no atenten contra la normal explotación de la obra y (iii) no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de los derechos.

Ejemplos de límites: la copia privada, el derecho de cita, la utilización de obras para la enseñanza, la reproducción de artículos de actualidad, la utilización accidental o incidental de una obra, la utilización de obras orales, la reproducción de obras artísticas ubicadas permanentemente en sitios públicos, la reproducción de obras por el sistema braille u otro procedimiento, la reproducción de leyes.

5. Ahora bien, el punto es auscultar si esa equilibrada institución de los límites al Derecho de autor, creada bajo la tecnología análoga, se puede extrapolar o extender al mundo de la moderna tecnología digital. Es decir si, por ejemplo, el límite o excepción de la copia privada⁷ también vale para creaciones digitales que se transmiten en el ciberespacio o en internet. En otras palabras, si una excepción que se pensó y se elaboró bajo la era GUTENBERG (donde la forma predominante era la escritura) puede extrapolarse al nuevo entorno digital (donde la manera predominante de expresión es la forma visual, la interactividad y la fácil reproducción de las obras). Esto, pues, vuelve a plantear el problema del acceso y la protección.

6 La regla de los tres pasos aparece tanto en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (1996), art. 10 num. 1 y 2, como en el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (1966), art. 16 num. 2.

7 Dice el art 37 de la Ley 23 de 1982: “Es lícita la reproducción, por cualquier medio, de una obra literaria o científica, ordenada u obtenida por el interesado en un solo ejemplar para su uso privado y sin fines de lucro”.

La explotación de obras a través de redes informáticas digitales no sólo ha afectado a los derechos patrimoniales tradicionales, sino también, y de manera muy destacada, a sus excepciones. Es en esta parcela donde el conflicto de intereses se hace más patente, puesto que los límites son las herramientas que el legislador utiliza para equilibrar los distintos intereses en juego [...] Internet ha abierto la puerta a la posibilidad de un control absoluto de las obras por parte de los titulares de los derechos patrimoniales. Estos han ejercido una considerable presión en todos los ámbitos con el objeto de reducir al mínimo posible el abanico de conductas posibles que quedan fuera de su control⁸.

El desarrollo extraordinario de las tecnologías de la información y de la comunicación ha tenido *grosso modo* un doble efecto: por un lado, ha facilitado de una manera extraordinaria el conocimiento y diseminación de las obras, pero por el otro, y este sería su lado oscuro, ha facilitado su uso no autorizado, es decir, el plagio y la piratería. Con el fin de contrarrestar este lado oscuro, la tecnología ha desarrollado medidas o instrumentos de control con el fin de que los contenidos en la red no sean ilegítimamente usurpados. Estos nuevos mecanismos son conocidos con el persuasivo nombre de “medidas tecnológicas de protección” (MTP), las cuales persiguen en esencia controlar el acceso a la obra (mediante el uso de códigos binarios de identificación) y controlar su utilización. Las medidas, pues, buscan proteger los contenidos que circulan en la red con el fin de que quien quiera disfrutarlos pague por su uso. En efecto, muchos de los contenidos no son bienes mostrencos, sino que tienen un titular o un proveedor. Esas medidas de protección se encuentran en la misma lógica explicativa de los *offendiculae* que se usan para proteger la propiedad tangible, pero con un agravante, y es que ellas pueden ser utilizadas para proteger información que no estaría en realidad de verdad protegida por la propiedad intelectual y de cuyo uso quedarían impedidos posibles usuarios de información de dominio público o de información cuyo plazo de protección ya ha expirado⁹. Es decir que la tecnología coloca al hombre del Derecho, al jurista, en la grande encrucijada de privilegiar los instrumentos tecnológicos de protección de contenidos o auspiciar el acceso al conocimiento. He aquí un debate que ha surgido en la edad de la información y que sin lugar a dudas se puede mirar como uno de los grandes retos de la disciplina jurídica: protección absoluta a las medidas tecnológicas de protección o colocar límites para que no se edifiquen como efectivas barreras de acceso del conocimiento¹⁰.

8 IGNACIO GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ *El Derecho de autor en Internet*, Granada, Comares, 2003, pp. 385 y 386.

9 El art 187 de la Ley 23 de 1982 señala: “Pertenece al dominio público: 1. Las obras cuyo período de protección esté agotado; 2. Las obras folclóricas y tradicionales de autores desconocidos; 3. Las obras cuyos autores hayan renunciado a sus derechos, y 4. Las obras extranjeras que no gocen de protección en la República”.

10 “Tenemos tecnología para proteger fincas y objetos. Sabemos levantar muros y reforzar puertas y disponemos también de cajas fuertes. ¿Pero hay cercas o cajas que puedan encerrar un poema o una canción?(...) La respuesta histórica a esta pregunta ha sido negativa. Hoy, en cambio, empieza a abrirse paso

6. Los proveedores de contenidos en el ciberespacio han encontrado en la tecnología su mejor aliado. Un verdadero instrumento de protección. La panacea, según algunos, a los problemas de piratería, plagio, reproducciones o usos no autorizados. Entonces, ¿por qué no darle a la medida tecnológica de protección categoría o *status* de bien o interés jurídicamente protegido? Y en efecto, esto se ha logrado.

Los famosos tratados internet del año 1996, ya mencionados, han establecido para las partes contratantes la obligación de proporcionar protección jurídica a las medidas tecnológicas de protección. El artículo 11 del TODA señala:

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 Ley¹¹.

La tecnología como instrumento de protección de las obras o de los contenidos se ve claramente representada en el software, insumo fundamental de la economía moderna basada en la información. El software o soporte lógico es considerado como una obra literaria (sobre esto ya no hay discusión a nivel nacional e internacional); pero a diferencia de un libro, el software se licencia con un código cerrado que no puede ser abierto o utilizado por el licenciatarío o usuario (si lo hace puede terminar en la cárcel)¹². El

un panorama diferente. Por primera vez, los titulares de derechos acarician la posibilidad de proteger su patrimonio tras vallas tecnológicas y, por tanto, de adquirir un poder equivalente al de los propietarios de bienes físicos. De este modo, auguran algunos, la propiedad intelectual, como expediente tutelar, podría verse sustituida, en todo o en parte, por una combinación de medidas tecnológicas y contratos”: RAMÓN CASAS VALLÉS, “*Copia privada y medidas tecnológicas: el caso Mulholland Drive*”, Revista Iberoamericana de Derecho de Autor, Bogotá, UNESCO y CERLAC, año 1, n.º 1, enero-junio 2007, p. 206.

- 11 En igual sentido, el art 18 del otro tratado, es decir, del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas: “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”.
- 12 La tecnología ha creado sistemas de control a la información, fortaleciendo los derechos de propiedad de los titulares de derechos de autor, pero a la vez disminuyendo las posibilidades de acceso a los contenidos. Un ejemplo claro para apreciar esta tendencia resulta de comparar un libro y un programa de computador. Quien adquiere un libro por supuesto que lo puede leer e incluso explotar industrialmente su contenido, y no por ello violaría el régimen de protección; quien licencia un programa de computador no puede destapar el código fuente, porque estaría violando el régimen, no obstante que normativamente se ha fijado que un software es una creación propia del domino literario. Pero es más, las normas penales imponen pena de prisión a aquel que “supere o elude las medidas tecnológicas adoptadas para restringir los usos no autorizados”.

libro, en cambio, puede ser abierto, leído y su información explotada comercialmente, y no habría por ello violación al Derecho de autor¹³.

El ejemplo expuesto, desde una perspectiva política, podría verse como una práctica restrictiva del conocimiento, o mejor, de la diseminación del conocimiento. La tecnología, entonces, sirve además como instrumento de control de información. Y esto hay que decirlo sin ambages. Las medidas tecnológicas de protección son la nueva versión de los *offendiculae*, pero no aplicadas a la propiedad física y privada, y que pueden ser extendidas abusivamente a información que no es de dominio privado, sino de dominio público.

Cuando los resultados sobre la investigación del genoma humano se iban presentando, sus patrocinadores se preguntaban cómo proteger lo logrado para de esta manera obtener una compensación por los ingentes esfuerzos de tiempo y dinero que ello había implicado. Se pensó en las patentes, pero hoy la discusión maliciosamente se ha escondido porque con la ayuda de la tecnología, la información sobre el genoma humano se ha digitalizado y esto, por supuesto, facilita su protección. Si la información del genoma es un código, y la investigación consiste en el desciframiento de ese código, es perfectamente lógico pensar que con la expresión binaria (ceros y unos) de la misma se ha creado un nuevo código de ese código (*code of the code*)¹⁴.

13 Como se sabe, el Derecho de autor protege la obra *per se*, mas no su aplicación industrial. El Derecho de autor no concede derechos exclusivos sobre la explotación práctica, o mejor, sobre la funcionalidad de un programa de computación. En efecto, el art. 7 de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena establece: “*Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras. No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial*”. En igual sentido se expresa el art 6, inciso 2 de la Ley 23 de 1982 cuando dice: “*Las ideas o contenido conceptual de las obras literarias, artísticas o científicas no son objeto de apropiación. Esta ley protege exclusivamente la forma literaria, plástica o sonora, como las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas en las obras literarias, científicas o artísticas*”. El Derecho de autor entiende, pues, que las ideas no pueden ser monopolio ni propiedad de nadie, por cuanto de su libre circulación y uso depende en gran medida el desarrollo de la sociedad. Las ideas son de dominio público, cualquier persona puede hacer uso de ellas. El Derecho de autor no protege la idea o el concepto contenido en un trabajo sino la forma o expresión de la idea o el concepto. Mientras no es permitido reproducir la creación de otro, sí es permitido recoger las ideas o información y usarlas en beneficio propio. Como derivación de aquél principio –el Derecho de autor no protege las ideas sino su forma de expresión– se desprende el criterio según el cual el derecho de autor no protege la aplicación práctica o el aprovechamiento industrial de la obra. A partir de este segundo criterio, se entiende que la disciplina jurídica del Derecho de autor no otorga un derecho exclusivo de explotación sobre la puesta en práctica del contenido, de la función o de lo descrito en una obra. En esa medida, el autor de un juego o de una receta culinaria puede –bajo la tutela del Derecho de autor– impedir que se reproduzca, se copie o se distribuya la obra sin su autorización, pero no podrá impedir que se practique el juego o que varias personas se diviertan con él o que se haga uso de las fórmulas recetarias para un restaurante o establecimiento. Esto es: las reglas de un juego y el uso de una receta no están dentro del ámbito de protección del derecho de autor.

14 GARY STIX. “*Code of the Code*”, en *Scientific American*: “*Bt claiming exclusionary rights in the sequence information itself, if stored in a computer-readable medium, HGS [Human Genome Sciences] seeks*

7. El conflicto entre las limitaciones y excepciones al Derecho de autor y las medidas tecnológicas quedó claramente expuesto en Francia en el caso *Mulholland Drive*¹⁵ el cual llegó hasta la Corte de Casación. Los hechos relevantes serían los siguientes: una persona adquiere la versión de la película *Mulholland Drive* en formato DVD y quiere realizar una copia de ella en VHS para que sea vista por sus padres. Al intentar hacerlo, el usuario se percató de que la película contiene una medida tecnológica de protección que impide su copia privada. Por esa razón decide demandar al productor y distribuidor de la película. Como se sabe, la copia privada es un límite a los derechos patrimoniales en la medida en que cualquier persona puede hacer una copia para uso privado de la obra que ha adquirido. Uno de los puntos de la discusión fue determinar si esa limitación también se aplicaba frente a creaciones digitales, es decir, si se admitía la copia digital.

Europa, a diferencia de los países de América Latina, tiene una directiva en donde ha dejado en libertad a los Estados Miembros para incorporar la institución de los límites en las creaciones digitales¹⁶. Otras legislaciones, expresamente, excluyen esa posibilidad, es decir que la copia privada valdría para las creaciones tradicionales propias del mundo análogo, mas no para las digitales, entre otras cosas, porque la característica de esas nuevas versiones es la facilidad de la reproducción.

El *Tribunal de Grande Instance* determinó que impedir la copia digital no suponía infringir derechos ajenos, sino ejercer los propios. Sin embargo, la sentencia de la apelación sostuvo lo contrario en la medida en que el conflicto entre la copia privada y la medida tecnológica fue decidido a favor de la primera: “En el Estado de Derecho interno aplicable, el cual no prevé ningún límite a la excepción de copia privada, sino únicamente el relativo a que sea efectuada para uso privado y respetando las condiciones del artículo 5.5 de la Directiva, STÉPHANE P., quien adquirió de manera regular en el comercio un DVD y no pudo efectuar la copia sobre un videocasete destinado al uso privado, sufrió un perjuicio debido a que el DVD objeto de la causa fue bloqueado por medios técnicos”. Y en la parte pertinente de la parte resolutive se lee: “Prohíbese a las sociedades FILMS ALAIN SARDE y STUDIO CANAL, la utilización de medidas tecnológicas de protección incompatibles con la excepción de copia privada en el DVD *Mulholland*

patent rights that would be infringed by information storage, retrieval and analysis rather than simply by making, using or selling DNA molecules”.

- 15 Sobre este caso ha habido cuatro decisiones: (i) Tribunal de Grande Instance de Paris, 3^{ème} Chambre, 2^{ème} section, 30 de abril de 2004; (ii) Cour d' Appel de Paris, 4^{ème} Chambre-Section B, 22 de abril de 2005; (iii) Cour de Cassation, 28 de febrero de 2006. Estas tres decisiones se encuentran traducidas por la doctora SOFÍA RODRÍGUEZ y aparecen en la Revista Iberoamericana de Derecho de Autor, Bogotá, UNESCO y CERLAC, año I, n.º 1, enero-junio de 2007, pp. 192-203. La cuarta, porque el proceso regresó de la Corte de Casación a la Corte de Apelaciones, es del 4 de abril de 2007.
- 16 Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 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, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE)*, L-167, 22 de junio de 2001.

Drive en un término de un mes desde la notificación de esta decisión, bajo pena de multa por 100 euros por cada día de retraso”.

Es decir que en primera instancia triunfó el usuario, en segunda, las demandadas. ¿Qué se dijo, entonces, en la casación? En la decisión del recurso extraordinario se lee lo que sigue:

Que la excepción de copia privada prevista en los arts. L. 122-5 y L. 211-3 interpretados a la luz de la Directiva Europea antes mencionada, *no puede evitar la presencia de medidas tecnológicas de protección destinadas a impedir la copia* y que son insertadas en los soportes sobre los cuales es reproducida una obra protegida, cuando esta copia tiene por efecto atentar contra la explotación normal de la obra y toda vez que la copia debe apreciarse teniendo en cuenta la incidencia económica que ella puede tener en el contexto del entorno digital.

Toda vez que para prohibir a las sociedades ALAIN SARDE, STUDIO CANAL y UNIVERSAL PICTURES VIDEO FRANCE la utilización de una medida tecnológica de protección que impide la copia del DVD *Mulholland Drive*, después de haber señalado que la copia privada constituye una excepción legal a los derechos de autor y no un derecho reconocido de manera absoluta al usuario, el fallo sostiene que esta excepción no debe ser limitada puesto que la legislación francesa no contempla ninguna disposición en tal sentido; que la copia para uso privado no tiene la naturaleza de atentar contra la normal explotación de la obra bajo formato DVD, la cual genera ingresos necesarios para amortizar los costos de producción;

Que decidiendo así, que el atentado a la explotación normal de la obra que puede desestimar la excepción de copia privada, se aprecia respecto a los riesgos inherentes al nuevo entorno digital en cuanto a la salvaguardia de los derechos de autor y la importancia económica que la explotación de la obra en formato DVD representa para la amortización de costos de producción cinematográfica, la Corte de Apelaciones ha violado los textos estudiados; por estos motivos Casa y Anula en todas sus disposiciones el fallo de 22 de abril de 2005”. (Subrayas fuera de texto).

A la luz del sistema puro de casación francés, el proceso regresó la Corte de Apelaciones y allí se profirió la decisión definitiva el 4 de abril del año 2007.

Entonces se infiere del fallo: (i) que las limitaciones no son un derecho de los usuarios, sino un límite; (ii) que las medidas de protección valen a la luz de la Directiva Europea sobre la sociedad de la información, y (iii) que la copia privada en el entorno digital puede afectar la normal explotación de la obra. Por todo esto se puede afirmar, entonces, que el conflicto entre el límite y la medida de protección fue decidido a favor de ésta última. Es decir, las medidas tecnológicas pueden impedir el ejercicio de una excepción

o límite a los derechos patrimoniales por cuanto “el atentado a la explotación normal de la obra puede desestimar la excepción de copia privada”.

En nuestro contexto latinoamericano, no existe una normativa que expresamente haya admitido el traslado de los límites al entorno digital. Y sobre el concepto de reproducción sí se tiene claro que aplica en el entorno digital, es decir, que en esa categoría jurídica quedan recogidas todas las reproducciones que se hacen en o con los nuevos mecanismos de fijación de obras o formatos de almacenamiento: CD, formato MP3, iPod, scanner, palm, memorias USB, teléfonos celulares, etc.¹⁷.

8. El TLC discutido con el gobierno norteamericano no contiene un acápite dedicado a los límites y excepciones en el entorno digital¹⁸; establece sí las medidas de protección y una extensa normativa de excepciones o limitaciones en relación con la obligación de no eludir las medidas tecnológicas¹⁹. Es decir, nos saltamos, sin mayor reflexión y análisis un peldaño, que es fundamental para sociedades urgidas de conocimiento e información, de formas, así sean expresas, de utilización de las obras, sin necesidad de pagar derechos por su uso o explotación. ¿En dónde queda la eficacia de las excepciones a favor de las bibliotecas públicas, de los invidentes, etc., en el entorno digital? Sin haberse reflexionado lo suficiente, admitimos darle *status* legal a las medidas tecnológicas de protección. Pero nada se dijo respecto de la extensión de los límites en el contexto digital. ¡Qué útil hubiese sido esto! En realidad seguimos sin hacer una discusión a fondo del interés público que también está engastado en los derechos de propiedad intelectual.

¿Pero en qué situación quedan los beneficiarios de los diversos límites a la propiedad intelectual si los titulares emplean medidas tecnológicas? (...) Los límites no son un capricho del legislador sino una herramienta esencial para asegurar que la propiedad intelectual cumple una función social. Salvo excepciones, atienden a derechos fundamentales e intereses generales o particulares

17 Véase FERNANDO ZAPATA, *Objeto, sujeto y contenido del Derecho de autor*, material de trabajo por él entregada para la especialización en Propiedad Intelectual, Derechos de Autor y Nuevas Tecnologías, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 10 y 11.

18 “Recently, through a series of trade agreements, we have demanded stricter protection for intellectual property internationally than US law would allow domestically. Fair use, for example, is mandated by our constitution but invisible in these agreements”: LAWRENCE LESSIG, *A taste of our own poison*, Wired, January 2004, p. 109.

19 Como excepciones a las medidas tecnológicas se encuentran: actividades de ingeniería inversa, para la protección de un programa de computación creado en forma independiente; actividades realizadas por un investigador, de buena fe, con la finalidad de examinar vulnerabilidades de las tecnologías de codificación y encriptación; inclusión de un elemento que tenga por fin impedir el acceso a menores de edad; investigaciones destinadas a acreditar la seguridad de un computador, sistema de computación o red de computadores; actividades destinadas a inhabilitar una función destinada a recolectar información personal de las actividades en línea de una persona; actividades de inteligencia de gobierno, o similares; acceso por parte de bibliotecas, sin fines de lucro, con el fin de tomar decisiones sobre adquisiciones.

que reclaman una satisfacción inmediata, incompatible con la espera que impondría la entrada en el dominio público. La cita es una manifestación de la libertad de expresión y lo mismo sucede con la parodia. Otros límites están al servicio del derecho a dar y recibir información. La excepción bibliotecaria asegura o mejora el acceso a la cultura de amplios sectores de la población. Y así sucesivamente²⁰.

[E]l derecho de autor se basa en un equilibrio entre las distintas partes implicadas y sea cual sea la extensión que deban tener las excepciones a los derechos de propiedad intelectual, en ningún caso puede estar justificado que los titulares puedan explotar sus obras en línea sin ningún tipo de limitación²¹.

9. En el capítulo dedicado a la propiedad intelectual en el Tratado de Libre Comercio se halla la siguiente definición de medida tecnológica:

Medida tecnológica efectiva: significa cualquier tecnología que, en el curso normal de su operación, controla el acceso a una obra, interpretación o ejecución o fonograma protegidos, o que protege cualquier derecho de autor o cualquier derecho conexo al derecho de autor. (Art. 16.7.4 [b]).

(d) Cada Parte dispondrá que una violación de una medida que implementa este párrafo constituye una causa civil o delito separado, independiente de cualquier infracción que pudiera ocurrir bajo la legislación de Derecho de autor y derechos conexos de dicha Parte.

Nótese que de acuerdo con el último literal hay independencia entre las medidas de protección y el contenido, es decir, la protección de la medida existe *per se* e *in se* y no va atada al contenido. Mejor: la conducta es típica con la sola elusión de la medida, independientemente de si el contenido al cual va dirigida aquella es objeto o no de un derecho de autor o de un derecho conexo. ¡Tamaño protección! ¡Un derecho de autor de objetos, de impulsos, de silicona, mas no de autores, creadores o artistas!²².

20 RAMÓN CASAS VALLÉS, *Copia privada y medidas tecnológicas: el caso Mulholland Drive*, en Revista Iberoamericana de Derecho de Autor, Bogotá, UNESCO y CERLAC, año I, n.º 1, enero-junio de 2007, p. 208.

21 IGNACIO GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El Derecho de autor en Internet*, cit., pp., 387 y 388.

22 “American University law professor PETER JASZI gave a speech he called ‘Is this the end of copyright as we know it?’ In this talk, JASZI argued that copyright was being displaced by three much stronger, almost leakproof systems that he called ‘pseudocopyright’, ‘paracopyright’, and ‘metacopyright’. ‘Pseudocopyright’ stood for data protection efforts. ‘Paracopyright’ described the technological locks that would soon encase much digital content. And ‘metacopyright’ stood for the system of contractual rights surrender. JASZI concluded that the American tradition of ‘balanced’ copyright had been very successful. He credited it with stimulating competition among content companies while nourishing a not-for-profit cultural sector that includes libraries, universities, and think tanks. JASZI did not predict the demise of copyright. He outlined the initiative that content companies had been taking for years

Y miremos una sola excepción para que se observe el talante marcadamente restrictivo de esta nueva disciplina de límites en *offendiculae* tecnológicos:

acceso por parte de bibliotecas, archivos o instituciones educativas sin fines de lucro a una obra, interpretación o ejecución o fonograma a la cual no tendrían acceso de otro modo, *con el único fin de tomar decisiones sobre adquisiciones* (Art. 16.7.4 [e] [v]).

La restricción es elocuente: “con único fin de tomar decisiones sobre adquisiciones”. En la era GUTENBERG el límite no es por razones de adquisición, sino por razones de conservación, cultura, información.

10. Sin haberse ratificado el Tratado de Libre Comercio y para complacer intereses no públicos, sino privados, expertos en el cabildeo lograron que se modificaran los principales tipos penales relacionados con la propiedad intelectual, mediante la Ley 1032 del 22 de junio de 2006. En punto de la violación de las medidas tecnológicas hubo una modificación cualitativa de la pena en la medida en que el artículo 272 original de la ley 599 de 2000 establecía una sanción de multa, en tanto que con la reforma se eleva la sanción a la pena de prisión entre cuatro y ocho años (!). Esa agravación punitiva lo que muestra es que el Derecho penal se ha convertido en instrumento preferido de la industria proveedora de contenidos en la red en países en vías de desarrollo. La *ultima ratio* es, sin malabarismos retóricos, la *prima ratio* en la protección de los *offendiculae* tecnológicos. Esto es un ejemplo más del fenómeno que se conoce con el elocuente nombre de “expansionismo del Derecho penal”.

La Ley 1032, pues, dispuso en su artículo tercero que el artículo 272 del Código Penal quedaría así²³:

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 [...]

before anyone had dreamed of peer-to-peer distribution. The end of copyright was visible long before the general public became aware of it”: SIVA VAIDHYANATHAN. *Copyrights and Copywrongs*, New York, New York University Press, 2003, p. 183.

23 Hay que destacar aquí que este tipo penal aparecía en la Ley 599 de 2000, es decir, la ley que contiene el nuevo Código Penal en Derecho colombiano; pero la gran diferencia entre el artículo original y éste consiste en su agravación punitiva (...) en la medida en que la pena ahora no es multa sino prisión, como se puede observar de una simple lectura de la parte inicial de los dos tipos penales.

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.

Respecto del primer numeral, la pregunta que surge es si la elusión de la medida *per se* implica la violación del tipo penal, o si se requiere además que el contenido que la medida tecnológica resguarda sea una obra protegida por el derecho de autor; en otros términos, si habiendo elusión, pero sobre un contenido que no es material protegido, ello implica la violación del tipo penal. Al parecer, la conducta será punible sólo cuando se ponga en peligro el derecho de autor. “Esta afirmación deriva del título en el que se halla la norma y del bien jurídico protegido [...] Si además de la elusión o superación de las medidas (que de por sí bastan para estructurar el tipo) hay una efectiva afectación de los derechos de autor, estimamos que se aplicarán el artículo 270 o el 271 según el caso, pues, el principio de subsidiariedad en materia penal así lo indica”²⁴; es decir, se aplican los tipos que reprimen los usos no autorizados de las obras protegidas.

En cuanto al tercer numeral, pensemos en internet, en donde los proveedores de contenidos utilizan *offendiculae* tecnológicos para impedir el acceso a la obra, así como su utilización. Sobre esto se ha afirmado: “Para que se configure la infracción basta que se importen o comercialicen los dispositivos o sistemas, sin que se exijan resultados adicionales”²⁵. Como se sabe, muchos de los nuevos instrumentos son, digámoslo así, tecnológicamente neutros, es decir, podrían utilizarse para actividades lícitas o ilícitas (un cuchillo puede ser utilizado para cortar un succulento pernil de cerdo o para acometer un horripilante crimen pasional); con los nuevos instrumentos tecnológicos pasa lo mismo, en el sentido de que pueden ser utilizados con propósitos legales o ilegales (una fotocopidora, un vhs, una cámara digital). Constituye pues una exageración conceptual, una “sobre criminalización”, censurar la distribución o comercialización de cualquier aparato que en potencia serviría para superar los mecanismos de protección. “El usuario tendrá derecho a abrir la puerta del local en que está la obra, pero ningún cerrajero estaría autorizado a fabricar y vender la llave que aquel necesita para abrir esa puerta”²⁶. La relación entre el derecho de autor y las nuevas tecnologías no ha sido avenida. De acuerdo con la jurisprudencia norteamericana, el Derecho no puede ser un obstáculo al progreso tecnológico; lo prohibido es incentivar el uso de los nuevos

24 CARLOS ALFONSO MATIZ BULLA. “Delitos contra los derechos de autor en el nuevo Código Penal”, en La Propiedad Inmaterial, Revista del Centro de Estudios de la Propiedad Intelectual, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, n.º 5, 2.º semestre de 2002, p. 12.

25 *Ibíd.*, p. 13.

26 RODRÍGUEZ MORENO, *ob cit.*, p. 285.

instrumentos que ofrece la tecnología para violar contenidos protegidos, mas no la existencia del instrumento *per se*²⁷.

La norma, además, plantea el conflicto entre las medidas tecnológicas de protección y los beneficiarios de las excepciones y limitaciones y los usuarios de las obras de dominio público. El problema es que las tecnologías que protegen las obras nunca son tan sutiles como el Derecho de autor. Este permite el “fair use”, los límites de una obra protegida; las tecnologías que protegen esas obras, no. El Derecho de autor se protege por un periodo de tiempo limitado; las tecnologías no tienen tal limitación. No es exagerado, entonces, decir que las medidas tecnológicas se erigirán en barreras que impedirán el acceso al conocimiento que no es objeto de protección por la propiedad intelectual²⁸, porque se encuentra en el dominio público²⁹.

11. Recapitulemos. Las medidas tecnológicas pueden controlar el acceso o bien la utilización de las obras. Las posibilidades tecnológicas se amplían, pero a la vez los derechos de protección se han ampliado. Así, el concepto de reproducción se ha expandido para recoger hipótesis antes no conocidas y no reconocidas (“queda entendido que el almacenamiento de una interpretación o ejecución protegida o de un fonograma en forma digital en un medio electrónico constituye una reproducción”³⁰), y se

27 Dos casos norteamericanos ilustran esa discusión: *Sony Corporation of America v. Universal City Studio*, 1984, y *MGM Inc. et al. v. Grokster Ltd et al.*, 2005, ambos disponibles en [www.supremecourts.gov].

28 “[T]he Internet offers enormous opportunities for access to scientific and research information needed by developing countries, whose access to traditional media may be limited by lack of resources. But forms of encryption and IP (Intellectual Property) rules may, paradoxically, make this material less accessible than it is now with printed material. [...] [H]istoric ‘fair use’ rights may be restricted by forms of technological protection, such as encryption, which restrict access even more stringently than copyright. In the USA, recent legislation (the Digital Millennium Copyright Act – DMCA) forbids the circumvention of such technological protection, even when the purpose of circumvention does not contravene copyright laws. The EU has introduced a special form of protection of databases (The ‘Database Directiva’), which rewards investment in the creation of databases, and which may restrict access to data by scientist or others, including in developing countries. The 1996 WIPO Copyright Treaty contains elements which may restrict the access of developing countries to information. [...] Developing countries should think very carefully before joining the WIPO Copyright treaty. Countries should also not follow the lead of the US and the EU by implementing legislation on the lines of the DMCA or the Database Directiva”: COMMISSION ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS [CIPR]. *Integration Intellectual Property Rights an Development Policy*, Executive Summary, London, September 2002, pp. 10, 21 y 22.

29 Aquí se debe recordar que el régimen de protección de bases de datos introducido en Europa en el año 1996 para proteger la inversión en el desarrollo de bases de datos requiere autorización del titular de la base cuando alguien pretenda extraer información, así esta sea de dominio público (!).

30 El concepto se extrae de la Declaración concertada respecto de los artículos 7, 11 y 16 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (1996). Y en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor en la Declaración concertada respecto del artículo 1.4 se lee: “El derecho de reproducción, tal como se establece en el Artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del Artículo 9 del Convenio de Berna”.

ha creado un nuevo objeto de protección que recae en los *offendiculae* tecnológicos. Igual preocupación no ha acontecido con el tema de las limitaciones y excepciones, no obstante que el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (1996) en la declaración concertada respecto del artículo 10 permite “a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como lo hayan considerado aceptable en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital”. Así mismo, los tratados han sido particularmente explícitos y prolifjos en el establecimiento de la regla de los tres pasos³¹.

El capítulo de propiedad intelectual en el TLA hizo un salto cualitativo. En lugar de contener un capítulo de limitaciones y excepciones de las obras en un entorno digital, estableció las medidas tecnológicas de protección y sus límites. Estas vienen a constituir un nuevo Derecho de autor, o mejor, un nuevo Derecho en el área de la tecnología porque, tal como vimos, el Derecho de autor es para los autores y no para impulsos electrónicos o seguridades informáticas. Se ha erosionado radicalmente el sistema tradicional del Derecho de autor.

Existe una tendencia universal a aumentar los niveles de protección de los derechos de propiedad intelectual, y específicamente del Derecho de autor. Es tiempo de recordar que la finalidad del derecho de autor no es solo la de enriquecer a aquellos que en una economía basada en el conocimiento pueden hacer un uso eficiente del sistema mundialmente, sino también la de estimular el desarrollo social y económico promocionando, de manera conjunta, la creación y su difusión y el uso efectivo del conocimiento. Con nostalgia se advierte la desaparición de la razón de ser del Estatuto de la Reina Ana y de toda la legislación que con justicia y ponderación de él se derivó.

31 Véase art 10 del TODA y el 16 del TOIEF.