

MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

JHONNY ANTONIO PABÓN CADAVID¹

INTRODUCCIÓN

Los derechos patrimoniales de autor de forma tradicional han sido el derecho de comunicación pública, el derecho de reproducción, el derecho de transformación y el derecho de distribución, en los últimos años se ha empezado a hablar de la existencia de un derecho de acceso, relacionado de forma directa con las medidas tecnológicas de protección de contenidos, así, este tema se ha convertido en el más polémico dentro del derecho de autor en los últimos años, tópico que al igual que los tratados de libre comercio genera protestas y marchas públicas² y que desafortunadamente es abordado la mayoría de veces desde posiciones extremas, así, los titulares de contenidos defendiendo a ultranza las medidas tecnológicas existentes, y por otro lado los promotores de los movimientos de libre acceso condenando todas las medidas tecnológicas. Lo cual genera desinformación e imposibilidad de generar debates serios y estructurados sobre este tema tan importante en el camino hacia una sociedad del conocimiento.

Se analiza en el presente artículo la regulación sobre este tema incorporado en el TLC entre Colombia y los Estados Unidos de Norteamérica, así, desde un enfoque jurídico realizar algunos señalamientos respecto a los vacíos legislativos en este tema, además de establecer la necesidad o no del TLC para solucionar estas falencias, y cómo el desarrollo legislativo y administrativo que ha tenido este tema en Estados Unidos de Norteamérica puede ser una referencia clara a tener en cuenta en la construcción de políticas de esta materia.

1. Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Derecho de Internet y Tecnologías de la Información, Universidad de los Andes. Especialista en Derecho de la Competencia y el Consumo, Universidad Externado de Colombia. Investigador del Departamento de Propiedad Intelectual, Universidad Externado de Colombia, 2008. Correo electrónico: [j4207732@hotmail.com].

2. En especial la del 30 de noviembre de 2005 en Tower Records de Nueva York, la de 27 de octubre de 2005 en la tienda Virgin Megastore y la del 3 de octubre de 2006, donde se proclamó por el movimiento Defective by Design como el día contra el DRM.

Un punto de suma importancia sobre el cual es indispensable reflexionar, es el marco constitucional relacionado con el derecho de acceso de los ciudadanos frente a las obras protegidas por el derecho de autor, debemos tener en cuenta que el artículo 70 de la Constitución Política de 1991 establece que “el Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades”, cualquier derecho de acceso que se constituya con estas protecciones tecnológicas debe ser de doble vía y de esa forma pensar por un lado en el control que deben tener los titulares de derecho sobre el acceso a sus obras conciliado con un derecho de acceso efectivo de orden constitucional, que bajo ciertas políticas públicas, posibilite a todo ciudadano el tener acceso a cualquier contenido.

I. MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN

La historia del derecho de autor es inseparable a los desarrollos tecnológicos en la reproducción y transmisión de la información. Es tan evidente la relación, que el origen mismo de esta área de la propiedad intelectual se vincula de forma inmediata con la invención de la imprenta, esta tecnología proporcionó una nueva dimensión a la circulación de las obras, “La imprenta multiplica indefinidamente, y con poco gasto los ejemplares de una misma obra... las luces, en cierto modo, se convertían en un objeto de comercio” (CONDORCET, 1980: 165) lo cual llevó a que apareciera el derecho de autor “... se puede afirmar que el derecho del autor a la explotación de su obra es un fenómeno moderno que comienza a delinearse con la aparición de la imprenta...” (RENGIFO, 2003: 54).

Desde el momento en que se establecen derechos exclusivos a los autores o editores, las ediciones ilegales han sido un grave problema, así por ejemplo en el siglo XVII y XVIII, Aviñon fue un “paraíso pirata”, dominio extranjero dentro del territorio francés, donde se imprimían múltiples ediciones ilegales que eran compradas por los libreros de París, generando perjuicios para las denominadas hoy en día industrias culturales, entendidas estas de acuerdo a los literales 4 y 5 del artículo 4.º de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, firmado el 20 de octubre de 2005 en París, como las: “4. Actividades, bienes y servicios culturales: Las “actividades, bienes y servicios culturales” se refieren a las actividades, los bienes y los servicios que, considerados desde el punto de vista de su calidad, utilización o finalidad específicas, encarnan o transmiten expresiones culturales, independientemente del valor comercial que puedan tener. Las actividades culturales pueden constituir una finalidad de por sí, o contribuir a la producción de bienes y servicios culturales. 5. Industrias culturales: Las “industrias culturales” se refieren a todas aquellas industrias que producen y distribuyen bienes o servicios culturales, tal como se definen en el párrafo 4 supra”.

De tal forma que se ha buscado que la tecnología proporcione herramientas para la protección de las obras, dificultando la copia o agregando elementos de

unicidad y originalidad a los ejemplares legítimos, implementando medidas como el uso de sello a seco, o el uso de papel antifotocopia, estos ejemplos de tecnologías usadas en un ambiente análogo para controlar e identificar la originalidad de los ejemplares (LIPSZYC, 2003: 564). También podemos encontrar hologramas, uso de tintas y cintas especiales, entre otros mecanismos para asegurar un mayor grado de dificultad en la falsificación.

Con el advenimiento de las tecnologías de la información y comunicación (TIC's), tanto para el almacenamiento, como para la transmisión y uso de las obras en formato digital, se ha facilitado la infracción de los derechos de autor, teniendo en cuenta múltiples factores, entre los que se destacan: 1. La dificultad de identificar a los infractores, 2. la distribución simultánea y a gran escala de reproducciones ilegales como sucede en los sistemas de intercambio de archivos peer to peer o en sistemas FTP, 3. la facilidad y los bajos costos de copiar CD y DVD, 4. el intercambio de claves y archivos por medio de Newsgroups y correo electrónico, 5. la facilidad por medio de los motores de búsqueda de encontrar la información, 6. la posibilidad de realizar enlaces y ubicar contenidos en múltiples lugares.

Existen dos factores adicionales a tener en cuenta, en primer lugar las copias digitales permiten reproducciones idénticas, en donde no hay pérdida de calidad ni fidelidad de las obras, y segundo, por medio de las redes de información y los dispositivos de reproducción portátil, ya no existe la necesidad de almacenar en un soporte físico la obra para poder tener acceso a ella y poder distribuirla (BILL ROSENBLATT, 2002: VIII preface).

Este nuevo escenario ha traído, una respuesta por parte de los titulares de los derechos, quienes han hecho uso de las tecnologías para contrarrestar los usos ilícitos en un ambiente digital. Tanto así, que fue célebre la frase acuñada por CHARLES CLARK “La respuesta a la máquina está en la máquina”³, la cual hace referencia precisamente a las medidas tecnológicas de protección de contenidos (en adelante MTPs), las cuales consisten en una serie de tecnologías que permiten el control por parte del titular, sobre los diferentes usos o el acceso a la obra.

Las MTPs constituyen un elemento esencial para los nuevos modelos de negocios de obras digitales. Y es uno de los elementos fundamentales de los sistemas DRM o Gestión Digital de Derechos (Digital Rights Management), los cuales consisten en tecnologías que pueden ser usadas para establecer un canal seguro de distribución de contenidos digitales. Tienen fundamental importancia en la distribución en línea (transmisiones satelitales, Internet, entre otros). En la reproducción y distribución de contenidos en dispositivos portátiles (Celulares, Ipod, dispositivos de almacenamiento portátil multifuncionales, entre otros). DRM y MTPs son conceptos diferentes pero íntimamente relacionados, “DRM has to be

3. En un principio estos mecanismos tecnológicos se vieron como la solución perfecta para los problemas que enfrentaba el derecho de autor en el ambiente digital. La frase “The answer to the machine is in the machine” se ha objetado rápidamente, ya que la protección tecnológica es insuficiente sin una debida protección legal que vaya de la mano.

distinguished from other technologies applied to specific tasks such as access or copy control of information” (GARNETT, 2001).

En teoría toda la tecnología de protección es falible, y parafraseando a EDGAR ALLAN POE, quien en el cuento el escarabajo de oro (*The Gold Bug*) refiriéndose de forma específica a los sistemas criptográficos, dice: “Las circunstancias y cierta afición me han hecho tomar interés por esta clase de enigmas, y es dudoso, realmente, que el ingenio humano pudiese crear un enigma que el entendimiento del hombre no fuese capaz de descifrar”, así, no existe tecnología de protección que el hombre haya diseñado que el mismo hombre no pueda superar, de tal forma se hizo necesario tomar medidas legislativas que brindaran protección a las MTPs, “... desde el momento en que todas las medidas técnicas pueden ser finalmente esquivadas, se sintió rápidamente la necesidad de darles una protección legal” (WERRA, 2001: 74).

II. LEGISLACIÓN SOBRE MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN

La protección legal de las MTPs consiste básicamente en dos tipos de prohibiciones: 1. la de comercializar dispositivos que permitan eludir las protecciones y 2. los actos de elusión de la MTPs, preocupación presentada desde los tratados OMPI de 1996, donde “el dilema se planteaba entre hacer referencia a los actos de elusión de las medidas o bien centrar la atención en los aparatos o instrumentos que permiten la elusión de las medidas tecnológicas” (GARROTE, 2001: 510).

La regulación ha sido adoptada desde diferentes áreas del derecho, principalmente relacionadas con las normas de derecho de autor, estableciendo acciones civiles, penales o administrativas como recursos efectivos de protección.

En algunos países como Holanda han sido escépticos sobre la necesidad de crear una legislación especial para la protección de las MTPs, ya que las disposiciones de competencia desleal y las normas penales sobre delitos informáticos serían suficientes para cumplir con los compromisos de los tratados OMPI (WERRA, 2001: 100).

La primera legislación en Estados Unidos en abordar el tema de las MTPs, fue la Audio Home Recording Act (AHRA) de 1992, aunque dos jurisprudencias anteriores a 1992 ya habían abordado algunas problemáticas de las MTPs de forma indirecta, en 1984 el caso *Universal City Studios, Inc. vs. Sony Corp* y en 1988 el caso *Vault vs. Quaid*. La AHRA, con el objetivo de obstaculizar las infracciones al derecho de autor de la música en formato digital, establece la obligación que los dispositivos para grabar audio digital implementen la tecnología Serial Copy Management System (SCMS), el cual sólo permite realizar copias de un original y además prohíbe la importación, manufactura y distribución de cualquier dispositivo cuya función principal sea la de eludir o desactivar el sistema SCMS.

La normatividad en Estados Unidos que ha abordado el tema, se ha extendido de forma considerable, basada de forma sustancial en la protección al derecho de autor y conexos. Por medio de la *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA) de 1998, que en su apartado 1201 se refiere a las prohibiciones y excepciones relacionadas con

las MTPs. Además crea un procedimiento en cabeza de la Biblioteca del Congreso de revisión para las excepciones de los actos de elusión. En los apartados 1203 y 1204 establece las acciones civiles, medidas cautelares y las acciones penales referidas a los actos de elusión de las MTPs.

La *Technology, Education and Copyright Harmonization Act* (TEACH) de finales de 2002, que modifica la *Copyright Act* y amplía el ámbito de las excepciones en relación con la educación a distancia, además establece en el apartado 110.2.d.ii la obligación de usar tecnologías de protección de contenidos.

En otros ámbitos, se encuentra la *Communications Act*, modificada por la *Telecom Act* de 1996, que prohíbe la fabricación, comercialización y distribución de dispositivos que permitan la decodificación no autorizada de señales cifradas y prohíbe la interceptación o recepción no autorizada de servicios de distribución por cable.

Finalmente, la *Computer Fraud and Abuse Act* prohíbe la elusión de una MTP para el acceso no autorizado a una computadora o un servidor, así como el acceso intencionado no autorizado a una computadora protegida, cuando el resultado de esa conducta sea causar daño.

En Europa existen cuatro directivas que tratan el tema de las MTPs, cuya función es la de armonizar las legislaciones nacionales imponiendo unos objetivos y dejando a cada Nación desarrollar los medios para lograrlos.

Primera, la Directiva del 14 de mayo de 1991 relativa a la protección de los programas de ordenador, que en su artículo 7.º establece,

“Medidas especiales de protección... Los Estados miembros, de conformidad con sus legislaciones nacionales, deberán adoptar medidas adecuadas contra las personas que cometan cualquiera de los actos mencionados en las letras siguientes:

c) 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 un programa de ordenador.

3. Los Estados miembros podrán ordenar la confiscación de los medios a que hace referencia la letra c) del apartado 1”.

Segunda, la Directiva sobre la armonización de determinados aspectos del derecho de autor y de los derechos afines en la sociedad de la información del 22 de mayo de 2001.

Tercera, la Directiva relativa a la protección jurídica de los servicios basados en, o que constan de, sistemas de acceso condicional del 20 de noviembre de 1998 en sus artículos 2 y 4, y la Directiva sobre Comercio Electrónico de 8 de Junio de 2000, artículos 9.1 y 10, 11.

En Japón encontramos protección a las MTPs en la Ley 77 de 1999 que reforma la ley de derecho de autor, en la Ley de Radiodifusión y además en la Ley de Competencia Desleal. Como característica especial, se prohíbe el tráfico (que incluye la distribución en línea de software para eludir las MTPs) de dispositivos y no el acto de elusión (Cunard, 2003: 106).

En varios tribunales de diversas partes del mundo, se han detectado múltiples implicaciones de las MTPs en otras áreas del derecho, así, respecto a la Libertad de Expresión, en el caso *United States vs. ElcomSoft* se debatió cómo las disposiciones de la DMCA podían ir en contra de la primera enmienda. Respecto a la privacidad existe gran preocupación, como lo manifiesta LEE A. BYGRAVE “... *it is not difficult to envisage a situation in which DRMS come to form a kind of digital Panopticon that not only diminishes consumers privacy but inhibits their expression of non-conformist opinions and preferences*” (BYGRAVE, 2003: 423), preocupaciones que además se han concretado de forma relevante en la información personal que se transmite con las canciones descargadas en la tienda iTunes.

Las decisiones sobre protección al consumidor y la implementación de medidas tecnológicas han sido múltiples, se destacan en Francia los casos del CD-Audio de ALAIN SOUCHON, el del CD de LIANE FOLY, el del DVD-video de Mullholland Drive con sentencia de casación de febrero 28 de 2006 y el del CD-Audio del artista PHILL COLLINS titulado “Testify” con la sentencia del 10 de enero de 2006 Tribunal de Grande Instance de Paris; en Estados Unidos y Canadá el caso relacionado con la medida tecnológica llamada XCP implementada en los CDs Audio comercializados por Sony BMG y en Noruega el “Consumer Council”, entidad responsable de velar por la aplicación del derecho del consumo, ha dictaminado que el sistema Fairplay usado en la tienda iTunes va en contra de la legislación que regula la publicidad (*Marketing Control Act, Markedsføringsloven*).

La variopinta y dispersa legislación que puede tener relación con esta materia, así como las múltiples implicaciones en diferentes áreas del derecho, hace que no sea claro para el legislador la forma como debe adoptar tan novedoso tema la propiedad intelectual, teniendo como únicos referentes, los instrumentos jurídicos internacionales, cuyo propósito inicial de armonización, imponen la obligación de regular sobre la materia, y que en términos prácticos no han logrado un sistema legislativo uniforme.

A. TRATADOS OMPI

Entre el dos y el veinte de diciembre de 1996 tuvo lugar en Ginebra, Suiza la Conferencia Diplomática de la OMPI que dio como resultado el Tratado sobre Derecho de Autor (TODA) y el Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF), denominados comúnmente como “Tratados Internet”. Cuya finalidad esencial es la de adecuar el derecho de autor y conexos a las nuevas modalidades de explotación mediante las tecnologías de la información y comunicación, creando sobre este tema un marco normativo a nivel mundial, así,

estos tratados se caracterizan por “haber constituido un primer esfuerzo normativo eficaz para resolver aquellas cuestiones del derecho de autor que necesitaban de solución con la nueva tecnología digital, tienen como virtud su aplicación mundial, más allá del derecho de los llamados países desarrollados” (PLAZA, 2002: 151).

El artículo 11 del TODA⁴ y el artículo 18 del TOEIF⁵ establecen la obligación a las partes contratantes de brindar protección jurídica y recursos efectivos contra la elusión de las MTPs. Estas normas se concentran en las acciones de elusión y dejan de lado el tráfico de dispositivos que permiten la elusión. Además establece cuatro requisitos o cualidades de las MTPs para que gocen de la protección jurídica: que estas sean efectivas, que sean utilizadas por los autores o titulares de derechos, que sean implementadas para controlar algún derecho establecido en el Convenio de Berna o en los tratados TODA o TOEIF, y que sirvan para evitar actos que no estén permitidos por la ley o por los titulares de los derechos “de manera que no se van a proteger medidas tecnológicas que impidan llevar a cabo actos legítimos” (GARROTE, 2001: 516).

Estas obligaciones están vigentes en Colombia desde el año 2002 y satisfechas desde el año 2000.

B. LEGISLACIÓN EN COLOMBIA

En el año de 1994, con el tratado de libre comercio firmado entre Colombia, México y Venezuela, denominado G3, y adoptado por medio de la Ley 172 de 1994, se establece la primera obligación legislativa relacionada con las medidas tecnológicas de protección, así en el artículo 18.07.5. se comprometen las partes contratantes a tipificar como delito actos relacionados con la fabricación y distribución de dispositivos para descifrar señales satelitales sin autorización del distribuidor legítimo de la señal⁶. Una norma que carece de relación directa con el derecho de autor, y que se aproxima a la normatividad de servicios de acceso condicional.

4. Artículo 11. *Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas*. “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”.

5. Artículo 18. *Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas*. “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”.

6. Ley 172 de 1994 de 16 de diciembre de 1994. Artículo 18.07.5. Dentro del año siguiente a la entrada en vigor de este tratado, cada Parte tipificará como delito: a) La fabricación, importación, venta, arrendamiento o cualquier acto que permita tener un dispositivo o sistema que sea de ayuda primordial para descifrar una señal de satélite cifrada portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de esa señal;

Colombia fue uno de los primeros países en ratificar los tratados OMPI de 1996; el TODA mediante la Ley 565 del 2 de febrero de 2000 (con control de constitucionalidad mediante sentencia de la corte constitucional C-1183 del año 2000) y el TOEIF mediante la Ley 545 del 23 de diciembre de 1999 (con control de constitucionalidad mediante sentencia de la corte constitucional C-1139 del año 2000. Promulgado el tratado OMPI mediante Decreto 2769 del 26 de noviembre de 2002).

Estos tratados entraron en vigor el 6 de marzo de 2002 y el 20 de mayo de 2002, tres meses después de que 30 estados depositaron sus instrumentos de ratificación o adhesión.

Las obligaciones de los artículos 11 y 18 referidas a la protección jurídica adecuada de las MTPs, se pueden entender satisfechas desde el año 2000, con las normas de la Ley 599 de ese año que “en relación con las medidas tecnológicas de protección implicaban una conducta activa por parte del Estado colombiano con el fin de implementar los Tratados” (GAMBOA, 2003: 543).

El Congreso de Colombia con la creación de un nuevo código penal por medio de la Ley 599 de 2000, reformó tanto la parte general, como la especial de la legislación penal colombiana, e incluyó en el título VIII del libro II del Código Penal, el cual se denomina “*De los delitos contra los derechos de autor*”, por iniciativa del fiscal general de la nación, el artículo 272 titulado “*Violación a los mecanismos de protección de los derechos patrimoniales de autor y otras defraudaciones*”, donde en sus numerales primero y tercero aborda el tema de las MTPs⁷; la pena establecida en el artículo 272 de la Ley 599 no incluía la prisión y solo contemplaba multa, lo cual fue modificado por la Ley 1032 de 2006. Hasta el momento el legislador colombiano no ha creado más recursos jurídicos para regular las MTPs, tampoco cursan en este momento iniciativas legislativas con ese propósito, actitud que pone en duda el conocimiento por parte del legislador del principio de intervención mínima en materia penal.

El único esfuerzo encaminado hacia la regulación de las MTPs, es el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos. La indiferencia del legislador Colombiano sobre este tema, hace que este deseo regulatorio del TLC, pueda verse más como un propósito de los Estados Unidos que del gobierno y la sociedad colombiana.

7. Artículo 272 Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 3.º de la Ley 1032 de 2006, publicada en el *Diario oficial* n.º 46.307 de 22 de junio de 2006. Violación a los mecanismos de protección de los derechos patrimoniales de autor 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. 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 de eludir, evadir, inutilizar o suprimir un dispositivo o sistema que permita a los titulares del derecho de controlar la utilización de sus obras o producciones, o impedir o restringir cualquier uso no autorizado de estos.

El artículo 272 del Código Penal, contraría el principio de tipicidad que demanda la técnica legislativa, ya que su redacción es deficiente por cuanto no adoptó el criterio de efectividad de los tratados OMPI y no se establecen excepciones a los actos de elusión.

III. TLC Y MTPS

La inclusión de temas de propiedad intelectual en acuerdos comerciales internacionales obedece a la cada vez más reciente incidencia de la investigación e innovación, en el crecimiento y prosperidad económica de las naciones. Es por esto que los países de economías ricas han decidido abordar estos temas desde un marco multilateral, tanto, desde una perspectiva política que se refleja en marcos jurídicos y económicos, que cada vez se tienden a fortalecer e incrementar, como lo refleja la agenda del G8 del año 2007,

“We recognize the need for continued study by national experts of the possibilities of strengthening the international legal framework pertaining to IPR enforcement” (SUMMIT G8, 2007: 11).

A. ACUERDOS MULTILATERALES, BILATERALES Y PROPIEDAD INTELECTUAL

El 30 de octubre de 1947 en Ginebra Suiza, se conformó el GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) o Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio, cuya finalidad esencial fue corregir las distorsiones al libre comercio internacional y constituirse como el foro de negociaciones más importante a nivel mundial; en la octava y última ronda de negociaciones del GATT, Ronda de Uruguay celebrada en Punta del Este a partir del 15 de octubre de 1986, Estados Unidos conciente de la importancia de la propiedad intelectual en la competitividad de sus empresas y de la necesidad de establecer nuevos paradigmas en el sistema de comercio internacional, exige la inclusión del tema de propiedad intelectual en la agenda de negociación, así, “en Punta del Este los negociadores estadounidenses pugnaron porque estos temas se incluyeran en la agenda de la Ronda de Uruguay; puntualizaron que su país no podía “concebir ni aceptar” nuevas negociaciones sin considerar los temas de los servicios, las inversiones y la propiedad intelectual” (LIPSZYC, 2004: 27). Como resultado de estas negociaciones el 15 de abril de 1994 en la Conferencia Ministerial celebrada en Marrakech se firmó el acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y sus cuatro anexos. El anexo 1C corresponde a los Acuerdos sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (AADPIC) el cual fue ratificado por Colombia mediante Ley 170 de 15 de diciembre de 1994, establece unos estándares internacionales mínimos de protección y crea un marco donde reitera elementos fundamentales de los instrumentos internacionales de la propiedad intelectual, como el énfasis en los principios de trato nacional, nación más favorecida y establece obligaciones

referidas a la creación de medidas y procedimientos de sanción que aseguren el cumplimiento del acuerdo.

Se debe tener en cuenta que el artículo séptimo⁸ proclama como objetivos del acuerdo, la difusión de la tecnología en beneficio de los productores y usuarios y en el artículo octavo que establece los principios, se otorga libertad a los contratantes para formular en sus leyes medidas que promuevan el desarrollo socioeconómico y tecnológico. Después de los AADPIC se empieza a dar un fenómeno de acuerdos regionales multilaterales y bilaterales liderados especialmente por Estados Unidos mediante los tratados de libre comercio, donde se sobrepasan los mínimos establecidos en los AADPIC y donde empiezan a tratarse temas de propiedad intelectual que no se habían discutido antes.

Esta serie de iniciativas y acuerdos se han denominado “AADPIC aumentado”, o por sus siglas en inglés, TRIPS-Plus. En temas de derecho de autor este AADPIC aumentado es el que ha abordado el tema de las MTPS lo cual ha sido palpable con la inclusión de la “agenda digital” que a nivel multilateral se ha manifestado mediante los Tratados OMPI de 1996 y en la discusión actual de un nuevo tratado sobre radiodifusión, y a nivel bilateral fundamentalmente con la protección de las MTPS y la responsabilidad de los proveedores de servicio de Internet en los diferentes acuerdos de libre comercio (FTA) de Estados Unidos.

B. IMPORTANCIA ECONÓMICA DE LAS MTPS

El bien jurídico protegido por las MTPS son los derechos de autor y conexos, y los servicios de acceso condicional tales como la televisión por suscripción, los cuales cada día cobran más importancia en la forma de proveer contenidos, así según investigaciones de mercado, se estima que para el año 2010 existan más de 400 millones de suscriptores, sumando el crecimiento de IPTV, la televisión satelital, y las señales digitales de cable (ISUPPLI, 2006).

El impacto económico de las industrias protegidas por el derecho de autor asciende cada vez más, por ejemplo, en Estados Unidos en 1977 representaba el 2.7% de la producción nacional, en 1985 el 4.6% y en 1992 el 5.8% (LIPSYC, 2004: 20), en 1999 las industrias culturales contribuyeron con más de 460 billones de dólares en la producción interna de los Estados Unidos y más de 80 billones en exportaciones (Comisión on Intellectual Property Rights, 2002), para el año 2004 estas industrias significaron 1,300.77 billones de dólares (\$1.30 trillones) o 11.09% del producto interno, y para el año 2005 alrededor de \$1,388.13 billones (\$1.38 trillones) o 11.12% del producto interno (STEPHEN E. SIWEK, 2006: 2).

8. Artículo 7. *Objetivos*. “La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones”.

Esta importancia ascendente también se observa en países con economías emergentes, en especial aquellos que han adoptado políticas públicas relacionadas con la producción de bienes intangibles protegidos por la propiedad intelectual, como el caso de la India y Corea del Sur con sus florecientes industrias de software.

De forma paralela la producción de MTPS y de nuevos modelos de negocios basados en plataformas DRM, que han sido indispensables para la circulación de todo tipo de obras digitales, ha creado industrias emergentes dedicadas a satisfacer las necesidades de distribución y protección de obras electrónicas, industrias que han crecido rápidamente y cobran cada vez mas importancia económica. Se estima que en el año 2000 la industria de DRM facturó alrededor de 96 millones de dólares con un increíble crecimiento que pasó a 3.57 billones en el 2005 (Research and Consultancy Outsourcing Services, 2005) y se proyecta un crecimiento a unos niveles superiores en los próximos años con una penetración más alta de Internet y el incremento en el uso de dispositivos de comunicación móvil y de reproducción portátil de contenidos.

El impacto significativo de estas industrias se refleja entre otros elementos en la contribución por impuestos, y especialmente en la demanda de empleo relacionado con estas actividades, así por ejemplo en Canadá para el año 2004, este sector ocupa de forma directa a 655.000 personas y de forma indirecta alrededor de 219.000 personas lo que representa el 5.55 por ciento del empleo del país (Connectus Consulting Inc, Department of Canadian Heritage, 2006: 8).

En Sur América encontramos que para el año 2001 el aporte de las industrias culturales protegidas por el derecho de autor al PIB de los diferentes países no supera el siete por ciento, así en Colombia representa el 2,008%, en Chile el 1,90%, Ecuador 1,79%, Venezuela 2,30%. (Ministerio de Cultura de Colombia, Equipo Economía y Cultura, 2003:47), Argentina el 6.6%, Brasil 6.8%, Uruguay entre el 6 y 6.5%, Paraguay 1%, Perú 1.02%, México 6.6% (Piedras, 2007: 99).

Las empresas dedicadas al desarrollo de MTPS en Colombia son inexistentes y el marco jurídico actual, al no contemplar excepciones a la elusión con fines de investigación, no propicia un ambiente apropiado para el desarrollo y análisis en el campo de la criptografía y el avance en el estado de la técnica en MTPS y generación de nuevos modelos DRM, se debe tener en cuenta que "... un régimen nacional de propiedad intelectual que funciona adecuadamente es útil para el bienestar general, pues eleva la base técnica de la nación, al preparar el terreno para la creación y el intercambio de tecnología de punta y propiciar un mayor desarrollo de recursos humanos en áreas técnicas" (SHERWOOD, 1997: 14).

C. DISPOSICIONES EN EL TLC RELACIONADAS CON MTPS

Dentro del propósito enunciado en el punto 3.1, los Estados Unidos de Norteamérica, con el animo de establecer un marco internacional que incremente la protección de la propiedad intelectual (AADPIC aumentado), ha establecido el tema de las MTPS como uno de los elementos esenciales en su agenda de propiedad

intelectual, así, de forma constante en la mayoría de tratados de libre comercio bilaterales, se han incluido dentro del capítulo de propiedad intelectual diversas disposiciones relacionadas con las MTPs, con Jordania (art. 4.13), Singapur (art. 16.4.7), Chile (art. 17.7.5), CAFTA (art. 15.5.7), Australia (art. 17.4.7) Marruecos (art. 15.5.8) y Bahrein (art. 14.4.7). En el TLC con Colombia en los apartados 16.6, 16.7 y 16.8 del capítulo de propiedad intelectual se introducen normas que involucran las MTPs.

1. Definiciones

El artículo 272 del Código Penal colombiano y la normatividad colombiana no proporciona una definición de lo que debe entenderse por medida tecnológica. El artículo 16.7.4 literal b del TLC define medida tecnológica efectiva como “cualquier tecnología, dispositivo o componente 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”. Esta definición usa el término “*efectivas*” que se emplea en los tratados OMPI, aunque no genera criterios que permitan cualificar el grado de efectividad necesario para ser protegidas, deja al juez o interprete de la norma la facultad para determinar la calificación de la medida como efectiva o inefectiva.

Sin lugar a dudas protege las medidas que controlan el acceso⁹, como cualquier uso de las obras relacionado con el ejercicio de algún derecho de autor o conexo, con lo cual se está ampliando el marco de protección de las MTPs y se daría paso a crear un derecho de acceso inexistente hasta el momento, ya que “...en nuestro ordenamiento no se ha creado la figura del derecho de acceso” (RODRÍGUEZ MORENO, 2004: 285).

Se tutelan las MTPs que protegen tanto los derechos patrimoniales como los morales, situación que en la legislación actual no es muy clara. Al usar el término “*cualquier tecnología*” la definición cobra una dimensión supremamente amplia, que cobija todo tipo de hardware, software, firmware y demás desarrollos tecnológicos existentes y por existir.

2. Prohibiciones

El apartado 16.4.a. establece las protecciones a las MTPs, disponiendo dos prohibiciones principales, la primera prohíbe la elusión de las MTPs que controlan el acceso, de tal forma que se hace responsable a quien “eluda sin autorización cualquier medida tecnológica efectiva que controle el acceso a una obra, interpretación o

9. En la definición de Radiodifusión que se encuentra en el apartado 16.6.8 también se hace mención de forma indirecta a las MTP haciendo alusión a los sistemas de codificación de señales. Radiodifusión “*significa la transmisión al público por medios inalámbricos o por satélite de los sonidos o sonidos e imágenes, o representaciones de los mismos; incluyendo la transmisión inalámbrica de señales codificadas, donde el medio de decodificación es suministrado al público por el organismo de radiodifusión o con su consentimiento...*”.

ejecución o fonograma protegidos” y se deja de lado la protección de las MTPs que controlan el uso de las obras.

La segunda prohibición está enfocada respecto a la fabricación y puesta en circulación de tecnologías para la elusión, así: “cada parte dispondrá que cualquier persona que: (ii) fabrique, importe, distribuya, ofrezca al público, proporcione o de otra manera comercialice dispositivos, productos o componentes, u ofrezca al público o proporcione servicios, que: (A) son promocionados, publicitados o comercializados con el propósito de eludir una medida tecnológica efectiva; (B) solo tienen un limitado propósito o uso comercialmente significativo diferente al de eludir una medida tecnológica efectiva; o (C) son principalmente diseñados, producidos o ejecutados con el fin de permitir o facilitar la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva”. Por medio de esta disposición se permite la distribución de las tecnologías de doble uso, que son aquellas que permiten usos lícitos e incidentalmente ilícitos.

El comercio de estas herramientas se encuentra prohibido en la norma vigente en Colombia, lo que implica un impedimento para la circulación legal de tecnologías de descodificación de señales¹⁰ y dispositivos en general que de forma accesoria a su principal uso permitan eludir medidas tecnológicas de protección.

Otra característica esencial a tener en cuenta, es que esta prohibición cobija tanto a las tecnologías para la elusión de MTPs que controlan el acceso como las que protegen de forma exclusiva el derecho de autor o conexo, es decir el ámbito de protección a diferencia de la ley colombiana esta circunscrito al derecho de autor establecido por la ley, mientras que la ley colombiana establece un ámbito más amplio en la medida que habla de “usos no autorizados”, lo cual abarcaría también las relaciones contractuales, creando un marco de incertidumbre más alto frente al conocimiento preciso de las tecnologías que se pueden fabricar.

3. Excepciones y limitaciones

La legislación Colombiana reguló las MTPs sin establecer ninguna excepción que permitiera bajo ciertas circunstancias eludir las medias y distribuir o adquirir los dispositivos que permiten la elusión, de tal forma que el TLC al traer una serie de excepciones puede presentar un gran avance en la regulación de este tema, así lo ha reconocido FERNANDO ZAPATA, director de la Dirección Nacional de derechos de autor de Colombia, “... hoy, se hace necesario acorde con el TLC el generar excepciones a la elusión de medidas tecnológicas. Uno de los beneficios que

10. Es necesario mencionar que el artículo 16.8 del TLC establece la obligación de tipificar penalmente “la fabricación, ensamblaje, modificación, importación, exportación, venta, arrendamiento o distribución por otro medio, de un dispositivo o sistema tangible o intangible, a sabiendas o con razones para saber que la función principal del dispositivo o sistema es asistir en la descodificación de una señal codificada de satélite portadora de programas codificados sin la autorización del distribuidor legítimo de dicha señal; y (b) la recepción o subsiguiente distribución dolosa de una señal de satélite portadora de un programa que se originó como señal por satélite codificada a sabiendas que ha sido descodificada sin la autorización del distribuidor legítimo de la señal”.

Colombia pueda tener en este tema es haber adquirido claridad en este punto; muchos países han regulado medidas tecnológicas, pero pocos han exceptuado, porque es un tema muy complejo de entender tecnológicamente”.

Son siete las excepciones que trae el TLC, las cuales provienen de la DMCA de 1998, y que consisten en permitir la elusión en los siguientes casos: 1. Ingeniería inversa de software con propósitos de interoperabilidad¹¹. 2. Investigación criptográfica y de tecnologías de codificación, para identificar y analizar fallas y vulnerabilidades en los sistemas eludidos¹². 3. Inclusión de tecnologías que permiten el filtro de determinados contenidos inapropiados para menores¹³. 4. Actividades en sistemas y redes de cómputo para probar, investigar o corregir la seguridad¹⁴. 5. Acceso por parte de Bibliotecas, archivos y entidades educativas con el único propósito de tomar decisiones de adquisición¹⁵. 6. Identificar y deshabilitar la recolección y difusión de información personal que reflejen las actividades en línea del usuario¹⁶. 7. Actividades de investigación, inteligencia, protección, e identificación de vulnerabilidades de un sistema o red de cómputo del gobierno¹⁷.

Es preciso anotar que para el acto de elusión proceden todas las excepciones citadas (art. 16.7.4.g.1), pero para la prohibición de fabricación y puesta en circulación de tecnologías para la elusión de MTPs que controlen el acceso sólo se

11. Artículo 16.7.4.e.1 “las actividades no infractoras de ingeniería inversa respecto a la copia de un programa de computación obtenida legalmente, realizadas de buena fe con respecto a los elementos particulares de dicho programa de computación que no han estado a la disposición inmediata de la persona involucrada en dichas actividades, con el único propósito de lograr la interoperabilidad de un programa de computación creado independientemente con otros programas”.

12. Artículo 16.7.4.e.2 “las actividades de buena fe no infractoras, realizadas por un investigador apropiadamente calificado que haya obtenido legalmente una copia, interpretación o ejecución no fijada o muestra de una obra, interpretación o ejecución o fonograma, y que haya hecho un esfuerzo de buena fe por obtener autorización para realizar dichas actividades, en la medida necesaria, y con el único propósito de identificar y analizar fallas y vulnerabilidades de las tecnologías para codificar y decodificar la información”.

13. Artículo 16.7.4.e.3 “la inclusión de un componente o parte con el único fin de prevenir el acceso de menores al contenido inapropiado en línea en una tecnología, producto, servicio o dispositivo que por si mismo no está prohibido bajo las medidas de implementación del subpárrafo (a)(ii)”.

14. Artículo 16.7.4.e.4 “actividades de buena fe no infractoras autorizadas por el titular de una computadora, sistema de cómputo o red de cómputo con el único fin de probar, investigar o corregir la seguridad de dicha computadora, sistema de cómputo o red de cómputo”.

15. Artículo 16.7.4.e.5 “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”.

16. Artículo 16.7.4.e.6 “actividades no infractoras con el único fin de identificar y deshabilitar la capacidad de realizar de manera no divulgada la recolección o difusión de datos de identificación personal que reflejen las actividades en línea de una persona natural de manera que no tenga otro efecto en la capacidad de cualquier persona de obtener acceso a cualquier obra”.

17. Artículo 16.7.4.h “actividad legalmente autorizada de investigación, protección, seguridad de la información o inteligencia, llevada a cabo por empleados, agentes o contratistas del gobierno. Para los efectos de este párrafo, el término “seguridad de la información” significa actividades llevadas a cabo para identificar y abordar la vulnerabilidad de una computadora, un sistema de cómputo o una red de computo gubernamentales”.

autorizan las excepciones 1, 2,3, 4 y 7 (art. 16.7.4.g.2); y para las tecnologías para la elusión de MTPs que protegen cualquier derecho de autor o conexo sólo procede la 1 y 7 (art. 16.7.4.g.3).

Estas excepciones provienen de las necesidades identificadas en el debate legislativo realizado en 1998 en Estados Unidos. Desde ese año las discusiones a nivel mundial sobre las excepciones a la elusión se han ido incrementado notablemente, sensibilizando sobre la importancia de una regulación adecuada en el tema que permita un equilibrio entre los intereses de los titulares y las necesidades de acceso a la información, creación de nuevos contenidos, e investigación y desarrollo tecnológico.

Estos debates han logrado que múltiples sectores de la sociedad participen en la construcción de nuevas excepciones creadas por vía administrativa de acuerdo al procedimiento creado con este fin; pero además, se ha hecho evidente que una legislación desequilibrada, sin excepciones, o con excepciones insuficientes, genera un ambiente de ilegitimidad frente al uso de las MTPs.

Las excepciones consagradas en el TLC representan una novedad ante nuestra legislación, pero frente al estado actual de la situación de la materia, estas excepciones que datan de hace una década son insuficientes, tal como lo reflejan las doce excepciones creadas por la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos durante los últimos siete años, las cuales deben tenerse en cuenta al momento de cualquier regulación de la materia en nuestro país.

4. Procedimiento de revisión para crear excepciones

Una de las críticas más duras que ha tenido la DMCA de los Estados Unidos es la de no haber previsto el impacto que tendría el tema de las MTPs en la investigación científica y la innovación tecnológica, tanto que se ha denominado que fue mas una “Anti-technology-Law” que una “Copyright-Law”.

El artículo 16.7.4f del TLC con Colombia establece la incorporación de un procedimiento legislativo o administrativo para evaluar el impacto adverso real o potencial de las prohibiciones a la elusión de MTPs, con la finalidad de establecer excepciones a la elusión, y con la obligación de hacer revisiones en periodos inferiores a cuatro años sobre los impactos respecto a los usos no infractores al derecho de autor o conexos. Este tipo de evaluaciones son vitales para crear excepciones significativas para usuarios específicos y consumidores que no tengan el suficiente conocimiento tecnológico para crear sus propias herramientas.

En Estados Unidos la Biblioteca del Congreso, por disposición de la sección 1201 a.c. de la DMCA, es la entidad encargada de establecer los eventos en los cuales la elusión de las medidas tecnológicas no se considera una infracción. La DMCA prescribe que dentro de los dos años siguientes a su promulgación, es decir en el año 2000, y durante un periodo de cada tres años el director de la Biblioteca del Congreso (Librarian of Congress) determinará las excepciones a la prohibición de elusión, bajo las recomendaciones del jefe de la oficina de Copyright

(Register of Copyrights), quien podrá consultar con el secretario asistente para las comunicaciones e información del Departamento de Comercio, para lo cual se tendrán en cuenta los siguientes criterios: 1. La posibilidad de usar las obras protegidas, 2. La posibilidad de realizar actos con la obra relacionados con la preservación, archivo sin ánimo de lucro y propósitos educativos, 3. El impacto que la prohibición de la elusión de la medida tecnológica implementada en las obras tiene en la crítica, comentarios, reportaje de noticias, enseñanza, aprendizaje o investigación, 4. El efecto que la elusión de las medidas tecnológicas tiene en el mercado respecto al precio de las obras, 5. Los demás factores que el director de la biblioteca del Congreso considere apropiados.

Así, el 27 de octubre de 2000 establece dos excepciones para la elusión de MTPS implementadas a determinadas clases de obras, estas excepciones estuvieron vigentes hasta el 28 de octubre de 2003, la primera sobre *“Compilations consisting of lists of websites blocked by filtering software applications”* y la segunda *“Literary works, including computer programs and databases, protected by access control mechanisms that fail to permit access because of malfunction, damage, or obsolescence”*.

El 28 de octubre de 2003 vigentes hasta el 27 de octubre de 2006 establece las excepciones a la elusión sobre las siguientes clases de obras:

1. Compilations consisting of lists of Internet locations blocked by commercially marketed filtering software applications that are intended to prevent access to domains, websites or portions of websites, but not including lists of Internet locations blocked by software applications that operate exclusively to protect against damage to a computer or computer network or lists of Internet locations blocked by software applications that operate exclusively to prevent receipt of email.

2. Computer programs protected by dongles that prevent access due to malfunction or damage and which are obsolete.

3. Computer programs and video games distributed in formats that have become obsolete and which require the original media or hardware as a condition of access. A format shall be considered obsolete if the machine or system necessary to render perceptible a work stored in that format is no longer manufactured or is no longer reasonably available in the commercial marketplace.

4. Literary works distributed in ebook format when all existing ebook editions of the work (including digital text editions made available by authorized entities) contain access controls that prevent the enabling of the ebook's read-aloud function and that prevent the enabling of screen readers to render the text into a specialized format.

La última creación de excepciones, la cual se encuentra vigente hasta el 27 de octubre de 2009, donde la Biblioteca del Congreso ha establecido la excepción de elusión a estas seis clases de obras:

1. Audiovisual works included in the educational library of a college or university's film or media studies department, when circumvention is accomplished for the purpose of making compilations of portions of those works for educational use in the classroom by media studies or film professors.

2. Computer programs and video games distributed in formats that have become obsolete and that require the original media or hardware as a condition of access, when circumvention is accomplished for the purpose of preservation or archival reproduction of published digital works by a library or archive. A format shall be considered obsolete if the machine or system necessary to render perceptible a work stored in that format is no longer manufactured or is no longer reasonably available in the commercial marketplace.

3. Computer programs protected by dongles that prevent access due to malfunction or damage and which are obsolete. A dongle shall be considered obsolete if it is no longer manufactured or if a replacement or repair is no longer reasonably available in the commercial marketplace.

4. Literary works distributed in ebook format when all existing ebook editions of the work (including digital text editions made available by authorized entities) contain access controls that prevent the enabling either of the book's read-aloud function or of screen readers that render the text into a specialized format.

5. Computer programs in the form of firmware that enable wireless telephone handsets to connect to a wireless telephone communication network, when circumvention is accomplished for the sole purpose of lawfully connecting to a wireless telephone communication network.

6. Sound recordings, and audiovisual works associated with those sound recordings, distributed in compact disc format and protected by technological protection measures that control access to lawfully purchased works and create or exploit security flaws or vulnerabilities that compromise the security of personal computers, when circumvention is accomplished solely for the purpose of good faith testing, investigating, or correcting such security flaws or vulnerabilities.

Dentro del procedimiento a cargo de la oficina de Copyright de la Biblioteca del Congreso para determinar la clase de obras que serán objeto de la excepción para la elusión se han descartado múltiples propuestas de diversos sectores, como el de las bibliotecas. La elección o exclusión de cada excepción propuesta debe estar debidamente motivada, y en múltiples ocasiones se han tenido en cuenta pero no recomendado excepciones que por las circunstancias propias de los Estados Unidos no son adoptadas, pero que en una realidad como la colombiana deberían tenerse en cuenta. Por ejemplo, en los años 2000, 2003 y 2006 se ha solicitado que se establezca una excepción para la elusión de los DVD-Videos codificados para funcionar en una región geográfica específica, la razón para denegar esta

propuesta ha estado fundamentada en que existen múltiples opciones disponibles en el mercado para que los consumidores tengan acceso a los contenidos que no se encuentran disponibles en la región 1, que corresponde a la de Norteamérica. Concluye la oficina de Copyright que la codificación de zonas geográficas es usada de forma legítima por los titulares de derechos de obras audiovisuales para controlar el acceso en aras de prevenir la distribución de los DVDs en regiones del mundo donde la película no haya sido estrenada en cines. Esta motivación no sería válida en Colombia, donde los repertorios de DVDs en zona 4, correspondiente a Latinoamérica, son escasos frente a la producción audiovisual del resto del mundo, y las opciones de acceso a estas obras no son tan económicas y fáciles como en Estados Unidos.

5. Independencia de acciones

El TLC con Colombia al igual que el CAFTA (art. 15.5.7.c) y a diferencia del TLC con Chile, establece que la violación a las protecciones jurídicas de las MTPs debe constituir una causa ya sea civil o penal independiente a cualquier violación de derecho de autor o conexo¹⁸, desde esta perspectiva se confirma que aunque el bien jurídico tutelado es el derecho de autor y conexos el objeto jurídico protegido son las MTPs, y así deberá interpretarse tanto en las acciones penales como en las civiles que se adelanten.

Las obligaciones del Tratado de Libre Comercio así como las de los tratados OMPI de 1996 no especifican si la regulación debe ser civil, administrativa o penal. La libertad frente a este tema debe estar medida por una implementación razonable, circunscrita a los principios generales del derecho y de las diferentes áreas en donde existe posibilidad de regular. Así, las acciones penales deben ser la última opción para el legislador, teniendo que existir primero acciones civiles o administrativas, de acuerdo al principio de última ratio y de intervención mínima del derecho penal. Para que exista legitimidad en una legislación sobre este tema por la vía penal, se le exige al legislador una motivación que corresponda a la protección de unos intereses sociales que justifiquen medidas de tal gravedad, más aun con penas privativas de la libertad.

6. Cláusula de neutralidad

Este fue uno de los aspectos más controvertidos en los debates que precedieron la DMCA, ya que los grupos que se confrontaron en este tema, fueron los representantes de las industrias culturales y por otro lado los productores de tecnología, quienes temían que los titulares de derecho de autor abusaran de su posición para requerir a

18. Artículo 16.7.4.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”.

las compañías tecnológicas al uso específico de determinadas herramientas o a una interoperabilidad forzada con las MTPs que desestimulara la innovación. Este tipo de cláusulas lo que buscan es que no se obligue a los fabricantes de electrodomésticos, sistemas de computación y comunicación a implementar una MTP particular¹⁹.

El sistema SCMS de la Audio Home Recording Act (AHRA) de 1992 y el sistema Macrovision para señales análogas establecido en la DMCA sección 1201 K, son dos casos de excepción de esta cláusula “no mandate”.

7. Responsabilidad penal

Las disposiciones del TLC cualifican la responsabilidad penal, lo cual puede ser muy benéfico para el intérprete de la norma nacional. Se exige que la elusión o la comercialización de dispositivos para la elusión haya sido un acto doloso y efectuado con la finalidad de lograr una ventaja comercial (caso que también podría constituirse como un acto de competencia desleal) o con el fin de obtener una ganancia financiera privada.

8. Exención de responsabilidad a Bibliotecas y otras entidades

El artículo 16.7.4 establece exenciones de responsabilidad penal a bibliotecas, archivos, instituciones educativas y a organismos de radiodifusión no comercial sin fines de lucro, y el artículo 16.11.15 que establece recursos civiles para la observancia de la protección efectiva de las MTPs, sentencia “que ninguna parte podrá... disponer el pago de indemnizaciones contra una biblioteca o un archivo, institución educativa u organismo público de radiodifusión sin fines de lucro, que sostenga la carga de la prueba de demostrar que no conocía o no tenía razones para creer que sus actos constituían una actividad prohibida”.

Se justifica esta exoneración debido al fin que anima a estas entidades de brindar acceso a la información con propósitos educativos, en este caso se muestra de forma clara que priman unos intereses sociales y públicos a los intereses particulares. Esta racionalidad debe pensarse no solo para extender las exenciones de responsabilidad a entidades como museos, sino también para la creación de excepciones a los actos prohibidos mencionados en el punto 3.3.2.

IV. CONCLUSIONES

Los elementos de la normatividad analizada no son los propios de nuestra legislación tradicional de derecho de autor, lo cual revela una transformación sustancial en nuestro sistema de propiedad intelectual relacionado con la protección a los

19. Artículo 16.7.4.c. “Al implementar el subpárrafo (a), ninguna Parte estará obligada a requerir que el diseño de, o el diseño y selección de las partes y componentes para un producto de consumo electrónico, de telecomunicaciones o de computación, responda a una medida tecnológica en particular, a condición de que dicho producto no viole, de alguna otra forma, cualquiera de las disposiciones que implementan el párrafo (a)”.

derechos de los creadores, tal cambio acentúa en la legislación las problemáticas relacionadas con el acceso a la información, tanto así, que en las discusiones frente a la existencia de un derecho de acceso, en el sistema tradicional de copyright se ha dicho que en el ambiente digital *“the ‘exclusive Right’ that the Constitution authorizes Congress to secure to authors is not only a ‘copy’-right, but an access right”*, derecho que también tiene sus excepciones y límites (GINSBURG, 2000: 4).

Las disposiciones actuales en nuestra legislación son insuficientes para regular de forma satisfactoria las medidas tecnológicas de protección, en especial cuando se ha adoptado una solución penal que viola los principios de tipicidad, última ratio e intervención mínima.

Las normas analizadas del TLC con los Estados Unidos nos muestran la indiferencia del legislador Colombiano en un tópico que ha sido el eje de discusión de los últimos años en cuanto a los derechos de autor y conexos y al acceso a la información.

El margen de acción, autonomía y soberanía de Colombia es lo suficientemente amplio, para que el congreso con su potestad legislativa de forma inmediata, independiente de la existencia o no del TLC, regule este tema.

En caso de adopción del tratado el ámbito de acción será apto para adoptar, implementar y añadir a las disposiciones del tratado, normas que generen un marco propicio para la inversión en temas de investigación científica y desarrollo tecnológico.

Las excepciones a los actos de elusión y a la circulación de dispositivos para la elusión se deben incrementar, aprovechando la experiencia de las excepciones creadas por los Estados Unidos durante los últimos 10 años, donde se han identificado necesidades de sectores específicos y usos no infractores. Con la finalidad de crear armonía en la legislación regional, el evaluar y debatir ese tema desde la Comunidad Andina de Naciones, y reglarlo a nivel nacional, estaría de acuerdo a los propósitos de unificación, ya que las necesidades y legislaciones en temas de derecho de autor son comunes.

Desde hace años se viene observando que las MTPs afectan muchas más situaciones jurídicas que las reguladas hasta el momento, lo cual define que el tema es transversal al sistema jurídico y no se podría llegar a pensar en una legislación exhaustiva, y por lo tanto en múltiples casos la legislación existente en temas abiertos como la competencia desleal, o la privacidad será suficiente para la protección de los diferentes intereses.

Por un lado los consumidores son vulnerables a prácticas que perjudican sus intereses, como falta de información sobre MTPs implementadas, vicios ocultos, responsabilidad extracontractual por daños causados por las MTPs, como sucedió en Canadá, Italia y Estados Unidos con la implementación del sistema XCP en CDs-Audio de Sony BMG el cual produjo un gran escándalo por los daños que causó en la privacidad y seguridad de las redes de cómputo de los usuarios, para superar este problema, en éste último país se estableció por medio de la excepción número

6 una solución por la Biblioteca del Congreso en el año 2006, denominada como la “anti- rootkit exception”.

También se puede abusar de las MTPs para realizar prácticas anticompetitivas que sean restrictivas al comercio, o establecer obstáculos a la preservación del patrimonio cultural.

Las MTPs son una amenaza para la preservación del patrimonio documental, impidiendo la actualización tecnológica de los soportes donde están almacenadas las obras, como solución a esta problemática la regulación de Canadá de diciembre de 2006 ha obligado a los editores de los ejemplares de obras que harán parte del patrimonio, a la entrega sin MTPs o a facilitar los equipos de lectura de las obras. Las Bibliotecas patrimoniales como la Biblioteca Nacional tienen la función de preservar el patrimonio documental de la nación y para ello es necesario realizar actualizaciones de soportes y reproducciones de respaldo de la información, las MTPs deben ser flexibles a estas necesidades.

Es necesaria una política integral, ya que si se está brindando tan amplia protección jurídica a este tema, el Estado debe apoyar la investigación, el desarrollo, el estudio y la innovación tecnológica en estas áreas del conocimiento, para que la industria tutelada sea además del puñado de empresas extranjeras dedicadas a esta área, empresas nacionales o regionales que puedan implementar modelos de negocios de altísima rentabilidad en los mismos mercados nacionales y regionales o en otras latitudes.

Se debe delimitar de forma precisa el campo de acción de las MTPs, permitiendo el ejercicio de las excepciones al derecho de autor, para lo cual es necesario que se tenga claridad frente a la naturaleza jurídica, el interés y bien jurídico protegido por cada una de las excepciones existentes, es decir, se hace necesario dar contenido por medio de la discusión democrática y académica a las tradicionales excepciones al derecho de autor, de tal forma que se pueda reconocer un límite a las medidas tecnológicas de protección.

Se debe establecer la interoperabilidad como una necesidad para el adecuado uso de las obras e impedir que las MTPs sean obstáculos directos para la creación de nuevas obras, deben ser lo suficientemente flexibles para permitir el aprovechamiento de la hipertextualidad de las obras digitales en todo su esplendor; para el acceso, de tal suerte que no suceda lo del paradigmático caso de los DVD-Video, los cuales han sido regionalizados para su distribución, de tal suerte que los DVD-Video editados para zonas diferentes a la 4 a la cual corresponde Colombia, no pueden ser comercializados en Colombia, impidiendo tener acceso a miles de títulos que no se editan en nuestra región, constituyendo de forma indirecta una nueva forma de censura; y conservación de las mismas, en especial ante necesidades patrimoniales de la nación.

Así como la implementación de estas tecnologías involucra un derecho legítimo de los titulares de derechos, es prioritario que los modelos generen ventajas, facilidades y oportunidades para los consumidores, tanto para mejorar los modelos de demanda de contenidos, como para establecer canales que sirvan para innovar

en los modelos de negocios, en los servicios, dispositivos, y en la forma como se diseñan los sistemas de distribución y uso de obras que utilizan las industrias culturales.

BIBLIOGRAFÍA

- BIDDLE, PETER, PAUL ENGLAND, MARCUS PEINADO, BRYAN WILLMAN. *The Darknet and the Future of Content Protection*, Microsoft, Berlin, Springer-Verlag, 2003.
- BYGRAVE, LEE A. "Digital Right Management and Privacy, legal aspects in the European Union", *Digital Rights Management, technological, economic, legal and political aspects*, Berlin, Springer-Verlag, 2003.
- Commission on Intellectual Property Rights, Report on Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy, September 2002.
- CONDORCET, MARQUES DE. *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*, Madrid, Editora Nacional, 1980.
- Connectus Consulting Inc, Department of Canadian Heritage, 2006.
- CUNARD, JEFFREY P., KEITH HILL, CHRIS BARLAS. *Evolución reciente en el campo de la gestión de los derechos digitales*, Ginebra, OMPI, 2003.
- DIDEROT, DENIS. *Carta sobre el comercio de libros*, ALEJANDRO GARCIA SCHNETZER (trad.), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2003.
- Digital Rights Management & Condicional Acces: Keys to the Digital Content Kingdom. Isupli. 2006.
- Digital Rights Management, State of the industry, 2005-2008. November 2005. Research and Consultancy Outsourcing Services.
- GAMBOA BENAVIDES, JAVIER. "Marco jurídico de las medidas tecnológicas para la protección de los derechos de autor en el entorno digital", *Derecho de Internet & Telecomunicaciones*, Bogotá, Legis Editores, 2003.
- GARNETT, NIC. *Technological protection of Copyright Works, and Copyright Management Systems*, ALAI 2001 Congress.
- GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, IGNACIO. *El Derecho de autor en Internet, la directiva sobre derechos de autor y derecho afines en la sociedad de la información*, Granada, Comares, 2001.
- GINSBURG, JANE C. "From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law", *Journal of the Copyright Society of the USA*, vol. 50, 2003.
- LEJEUNE, MATHIAS. "Protection under US Copyright Law", *Protection of Digital Content and DRM technologies in the USA*, Berlin, Springer-Verlag, 2003.
- LIPSZYC, DELIA. "La utilidad de los dispositivos técnicos de protección de los derechos de autor y conexos", *Derecho de Internet & Telecomunicaciones*, Bogotá, Legis Editores, 2003.
- LIPSZYC, DELIA. *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO, CERLALC, ZAVALIA, 2004.
- Ministerio de Cultura de Colombia. *Equipo Economía y Cultura*, 2003.

- PIEDRAS, ERNESTO. “Impacto de las industrias culturales en las economías de América Latina”, *Diagnóstico del derecho de autor en América Latina*, Bogotá, CERLALC, 2007.
- PLAZA PENADÉS, JAVIER. *Propiedad Intelectual y Sociedad de la Información*, Navarra, Aranzadi, 2002.
- RENGIFO GARCÍA, ERNESTO. *Propiedad intelectual, el moderno derecho de autor*, 2.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- RODRÍGUEZ MORENO, SOFÍA. *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- ROFFE, PEDRO. “El acuerdo de los ADPIC, diez años después: desafíos y oportunidades para América Latina”, *La propiedad intelectual en los tratados comerciales*, Bogotá, Fundación Agenda Colombia, 2005.
- ROSENBLATT, BILL, BILL TRIPPE AND STEPHEN MOONEY. *Digital Rights Management Business and Technology*, New York, M&T Books, 2002.
- SHERWOOD, ROBERT M. *Los sistemas de propiedad intelectual y el estímulo a la inversión*, Buenos Aires, Heliasta, 1997.
- SIMONS, BARBARA. “The Copyright Wars”, *Protection of Digital Content and DRM technologies in the USA*, Berlin, Springer-Verlag, 2003.
- SIWEK, STEPHEN E. Copyright Industries in the U.S. Economy: The 2006 Report, prepared for the International Intellectual Property Alliance (IIPA), November 2006. Summit G8, 2007.
- “Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de Norteamérica y el Derecho de Autor”, entrevista a FERNANDO ZAPATA LÓPEZ realizada por JHONNY PABÓN. *El derecho de autor. Estudios* n.º 11, CECOLDA.
- WERRA, JACQUES DE. “Le régime juridique des mesures techniques de protection des œuvres selon les traités de l’OMPI, le DMCA, les directives européennes et d’autres législations (Japon, Australie)”, *RIDA* n.º 189, Juillet 2001, France.

