

LAS OBRAS EN FORMATO DIGITAL Y LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN

Sergio VELÁZQUEZ VÉRTIZ

*Mettre la technique au service du droit,
de la justice et de la liberté de la pensée.*

Georges KOUMANTOS¹

SUMARIO: I. *Las medidas tecnológicas de protección.* II. *Las MTP y los tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual de 1996.* III. *Las MTP en el sistema mexicano.* IV. *Las MTP en el sistema estadounidense.* V. *Las MTP en el sistema europeo.* VI. *A modo de conclusión.*

La tecnología digital, que consiste en transformar información analógica a información digital para que ésta, a su vez, sea interpretada por dispositivos electrónicos ha fijado nuevos retos en diversos ámbitos, incluyendo el derecho de autor, con lo que se marca una revolución económica, cultural y social en nuestros días.

Gracias a la tecnología digital, pueden consultarse obras de cualquier tipo, ya sea a través de una computadora personal o por medio de algún otro dispositivo electrónico, como un reproductor de DVD o un iPod®; asimismo, es posible almacenar o transportar miles de libros, canciones e imágenes en un disco compacto.

Sin embargo, la tecnología digital también conlleva aspectos negativos, que han afectado los intereses de los autores y de los titulares sobre

¹ Traducción del autor: *Pongamos la tecnología al servicio del derecho, de la justicia y de la libertad de pensamiento* (Georges Koumantos, *Le Droit de Reproduction et l'Évolution de la Technique*, ALAI, 1978, Francia, 1982).

los derechos de explotación de las obras, pues ha diversificado, a escala global, su uso y edición no autorizados.²

En todo el mundo, las industrias del entretenimiento, literaria y de cómputo se han visto seriamente afectadas por la reproducción no autorizada de obras, la cual ha alcanzado dimensiones alarmantes en los últimos tiempos.³ Ello se debe a que la reproducción digital, además de ser económica y relativamente sencilla, conserva casi toda su calidad en las subsecuentes copias, lo cual resulta atractivo para el público consumidor, que adquiere obras *piratas* en formato digital, ya sea de modo gratuito⁴ u oneroso.⁵ Por lo anterior, se ha optado por el desarrollo de tecnología por medio de la cual se restrinja el acceso, uso, edición o reproducción de las obras contenidas en dicho formato, nombrándosele a dicha tecnología como *medida tecnológica de protección* (MTP), la cual ha brindado mayores recursos a los autores y titulares de derechos para combatir la piratería en la era digital.

² Al respecto, basta recordar el caso de ciertas versiones no autorizadas de la obra *Harry Potter y el Misterio del Príncipe* que circularon en Internet 48 horas antes de la fecha de distribución oficial (véase *Pirates Chinese Potter books sold*, Inglaterra, BBC News, 1o. de agosto de 2005, <http://news.bbc.co.uk/1/hi/entertainment/arts/4734161.stm>). Una situación parecida se dio con la traducción no oficial al alemán de la obra *Harry Potter y el Cáliz del Fuego*, que pudo ser consultada en un sitio de adeptos al famoso personaje literario con cuatro meses de anticipación (véase *Harry Potter and the German Pirates*, Inglaterra, BBC News, 1o. de septiembre de 2000, <http://news.bbc.co.uk/1/hi/tech/906048.stm>).

³ Según advierte la Federación Internacional de la Industria Fonográfica, una tercera parte de los discos que se venden alrededor del mundo son piratas. Asimismo, México figura dentro de los diez Estados considerados como prioritarios para el combate de la piratería (International Federation of the Phonographic Industry, *The Recording Industry, 2005, Commercial Piracy Report, 2005*, <http://www.ifpi.org/content/library/piracy-report2006.pdf>).

⁴ Un buen ejemplo de ello lo constituye el caso de Napster, que si bien era el servicio más popular en Internet, no era el único disponible en la red. De hecho, este caso trajo consigo un aumento significativo de servicios de intercambio de archivos, en versiones mejoradas y más difíciles de combatir; además, a diferencia de Napster, que se avocaba al intercambio de archivos musicales, los demás servicios permiten el intercambio de otro tipo de obras en formato digital, como son las audiovisuales, literarias y de cómputo.

⁵ Existen diversos servicios ilícitos en Internet que a cambio de una remuneración permiten al usuario ingresar a un servidor vía Internet y descargar obras en formato digital. Igualmente, se utilizan servicios legales para anunciar la compraventa de reproducciones ilícitas, las cuales son puestas a disposición del consumidor por medio de una reunión concertada con el infractor.

I. LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN

Las medidas tecnológicas representan el resultado de la célebre frase: *la respuesta a la máquina es la máquina*, de Charles Clark, pues son dispositivos o sistemas que se instalan en las obras en formato digital para restringir el acceso, uso, edición o reproducción no autorizada de la obra.

Para Alain Strowel y Séverine Dussolier, dichas medidas se refieren a aquellos “dispositivos tecnológicos que impiden que se lleve a cabo cualquier acto o uso sujeto a los derechos exclusivos de los derechohabientes, como la impresión, la comunicación al público, la copia digital, la alteración de la obra, etcétera”.⁶

Por su parte, Garrote Fernández-Diez afirma que se trata de “toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a prevenir o impedir la violación de los derechos de autor o los derechos afines, el acceso a una obra, o el uso de la misma sin autorización de los derechohabientes o de la ley”.⁷

Existen diversos tipos de MTP, tales como sistemas anticopiado, encriptación, *marcas de agua*, dispositivos externos (*hardware*), por sólo citar algunos.⁸ Gracias a ellos, los autores o titulares de derechos salvaguardan sus obras en formato digital contra cualquier uso no autorizado.

Sin embargo, no existen MTP completamente seguras, pues todas las personas que cuenten con los recursos y la habilidad suficientes pueden eludirlas o desactivarlas, con ánimo de lucro o por el simple hecho de *demostrar sus amplios conocimientos en informática*.

Debido a lo anterior, diversos Estados estimaron conveniente otorgar protección jurídica a las MTP, lo que proporciona nueva seguridad a las obras en formato digital. De esta suerte, si un usuario intentara reproducir ilícitamente una obra en formato digital, se encontraría con una MTP que le impediría llevar a cabo su objetivo, como sucede en aquellos casos en

⁶ Strowel, Alain y Dussolier, Séverine, *La protección legal de los sistemas tecnológicos*, Suiza, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1999, p. 2.

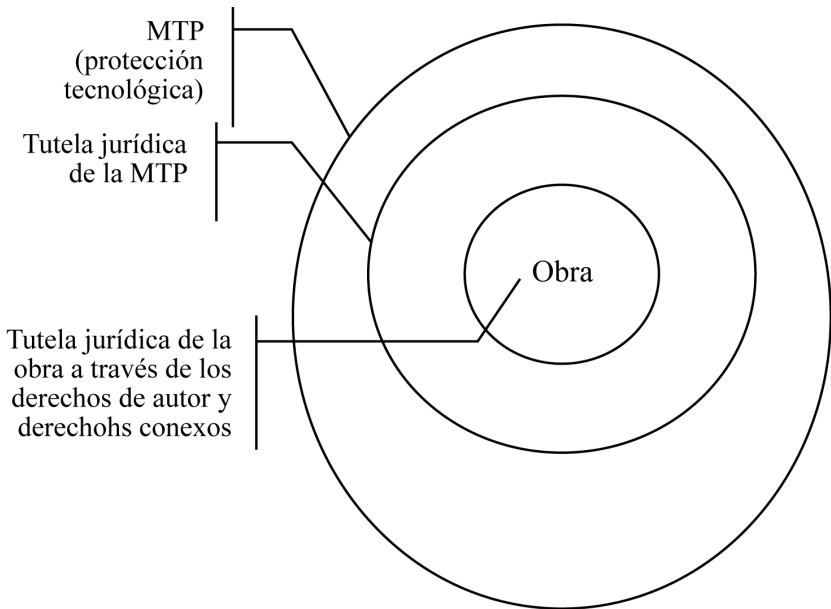
⁷ Garrote Fernández-Diez, Ignacio, *El derecho de autor en Internet. La Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información*, España, Comares, 2001, p. 499.

⁸ De gran valor resulta la clasificación desarrollada por Lipszyc, Delia, *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*, Argentina, UNESCO, 2004, p. 158.

los que se busca copiar un CD musical protegido en una computadora personal. Ahora bien, si el usuario se propusiera eludir o desactivar la MTP instalada en la obra, descubriría la existencia de una norma jurídica que le prohíba hacerlo, ya por sí mismo o a través de una tercera persona, e inclusive se vería imposibilitado para adquirir cualquier producto o sistema que le permitiera efectuar dicha elusión.

Pero si el usuario llegara a eludir la MTP y reprodujera la obra, no sólo violaría normas en contra de la reproducción no autorizada de la misma, sino que además transgrediría otras normas que prohíben eludir la MTP.

En consecuencia, el usuario de una obra en formato digital no sólo se enfrentaría a la infracción o delito derivado de la reproducción ilícita de la obra, sino que también tendría que responder jurídicamente por la elusión de la MTP. Las anteriores “capas” protectoras se representarían de modo siguiente:



Por esto, diversos Estados han advertido la conveniencia de instrumentar en sus ordenamientos jurídicos normas que amparen las MTP contenidas en las obras con formato digital. A continuación hablaremos sobre los tratados internacionales más importantes en la materia, mismos que han reconocido la necesidad de amparar esta tecnología.

II. LAS MTP Y LOS TRATADOS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL DE 1996

La importancia de las MTP en las obras con formato digital se vio plasmada durante la discusión y elaboración de los denominados tratados Internet de 1996, es decir, el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derechos de Autor (TODA)⁹ y el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF).¹⁰ Dichos tratados fijan un consenso entre los Estados signatarios para definir una postura conjunta en relación con la protección jurídica del derecho de autor y derechos conexos en el nuevo milenio.

En relación con las MTP, el artículo 11 del TODA señala:

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.

Asimismo, el artículo 18 del TOIEF establece:

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

⁹ Protege a los autores, compositores y otros creadores de literatura, arte, música, películas, programas de computadora y obras creativas similares.

¹⁰ Protege a los productores de fonogramas, incluyendo la música en discos compactos, casetes y otros productos grabados por la industria musical. Además, este tratado ampara a artistas tales como músicos o cantantes.

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.

De la lectura de estos artículos se obtienen los siguientes elementos:

Protección jurídica. Los Estados que suscribieron el TODA y el TOIEF se encuentran obligados a establecer un marco jurídico que garantice, de forma efectiva, la protección de las MTP. De este modo, no sólo se legislarán normas jurídicas a través de las cuales se sancione a aquellos que han desactivado, modificado o eludido una MTP, sino que además se obliga al Estado a combatir y sancionar las conductas que atenten contra las MTP a través de *recursos jurídicos efectivos*.¹¹

Elusión. Ni el TODA ni el TOIEF precisan lo que debe entenderse por este término, pues conceden a cada Estado signatario la posibilidad de definirlo. No obstante, podría describirse la elusión como aquella conducta a través de la cual el usuario de una obra en soporte digital evade o desactiva, sin consentimiento del autor o titular de derechos, una MTP contenida en dicha obra.

La MTP debe ser efectiva. Del mismo modo, en el texto del TODA y el TOIEF no se define a las MTP efectivas, con lo que también se brinda a los legisladores de cada Estado signatario la facultad de hacerlo. Sin embargo, puede afirmarse que la MTP efectiva es aquella que, *en el curso normal de sus funciones, es lo suficientemente capaz de proteger la obra en soporte digital*. Al respecto, ha ocurrido que los usuarios de una obra en soporte digital, sin poseer conocimientos en informática o computación, han eludido las MTP contenidas en obras audiovisuales o fonográficas, a través de simples procedimientos y sin la ayuda de algún sistema, dispositivo o servicio. En este caso, la MTP no cumple con la efectividad que se espera de ella, motivo por el cual no estaría jurídicamente protegida.

La MTP deberá ser implementada en la obra por el autor o titular de derechos. Esto quiere decir que las MTP que se hayan incluido en una obra con formato digital debieron haber sido autorizadas por el autor o titular de los derechos de conformidad al contenido del texto del artículo 11 del TODA: *...que sean utilizadas por los autores...*

¹¹ El término *recursos jurídicos efectivos* se ha relacionado más con el ámbito del derecho penal que con el del civil, por lo que algunos especialistas concluyen que los recursos deben ser de carácter penal.

La MTP debe ser utilizada en relación con el ejercicio de alguno de los derechos reconocidos por el TODA, TOIEF o Convenio de Berna. El texto de los artículos 11 del TODA y 18 del TOIEF resultan ser de gran importancia en el ámbito autoral, debido a que restringen la tutela jurídica de las MTP al ámbito del derecho de autor.¹²

Para muchos especialistas, el TODA y el TOIEF resultan vagos y carentes de definiciones claras; sin embargo, ése era el objetivo de los participantes en la Conferencia de la OMPI de 1996, toda vez que se brinda al legislador de los Estados signatarios la libertad para definir y determinar los límites y alcances de dichos tratados en sus respectivos marcos jurídicos autorales.

De este modo, los Estados son libres de implementar normas efectivas en el ordenamiento jurídico que consideren adecuado, sin que sea necesaria su implementación en las leyes de carácter autoral.¹³

Por otra parte, ni el TODA ni el TOIEF determinan la sanción aplicable a aquellos usuarios que hayan eludido MTP, dejando a los legisladores la libertad de determinar las vías a través de las cuales se castigará a los infractores, ya sea civil, penal y/o administrativa.

En resumen, resultan loables los acuerdos alcanzados a través del TODA y el TOIEF, ya que sientan las bases para proteger internacionalmente las obras contenidas en formato digital y, por consiguiente, a sus autores o titulares de derechos.

A continuación se comentará el caso de la protección jurídica conferida a las MTP en México. Asimismo, se tratará el caso estadounidense, cuyo Estado implementó por primera vez el TODA y TOIEF en su sis-

¹² Artículo 11 TODA (...en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna...); artículo 18 TOIEF (...en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado...). Por lo tanto, si un usuario llegara a eludir, modificar o desactivar la MTP de un sistema digital que no tenga ninguna relación con los derechos de autor, la MTP no sería protegida por dichos tratados, como sería el caso de los sistemas de seguridad que protegen las transacciones bancarias vía Internet.

¹³ Antes de la firma del TODA y TOIEF, en el sistema jurídico holandés ya se tutelaba a las MTP. Dicha tutela se logró a través de leyes sobre delitos informáticos y competencia desleal, razón por la cual la Cámara Consultiva Holandesa sobre Derechos de Autor consideró innecesario modificar su ley autoral con la finalidad de implementar los tratados de la OMPI, y con mayor razón si en los tratados no se les exige a los Estados modificar sus leyes en materia autoral (Werra, Jaques de, *The Legal System of Technological Protection Measures under the WIPO Treaties, the Digital Millennium Copyright Act, the European Union Directives and other National Laws (Japan, Australia)*, Estados Unidos de América, ALAI Congreso, 2001, nota 62, p. 13).

tema jurídico, así como el caso de la Unión Europea, pues los mismos también nos brindan un amplio enfoque de su aplicación en un sistema del *common law* (*copyright*), así como en uno del derecho de autor continental.¹⁴

III. LAS MTP EN EL SISTEMA MEXICANO

La tutela de las MTP en México es limitada, tal y como se advierte del contenido de la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) y el Código Penal Federal (CPF). Al respecto, el artículo 112 de la LFDA establece lo siguiente:

Queda prohibida la importación, fabricación, distribución y utilización de aparatos o la prestación de servicios destinados a eliminar la protección técnica de los programas de cómputo, de las transmisiones a través del espectro electromagnético y de redes de telecomunicaciones y de los programas de elementos electrónicos señalados en el artículo anterior.

Por consiguiente, la LFDA prohíbe, por un lado, la importación, la fabricación, la distribución y la utilización de aparatos, y, por otro, la prestación de servicios tendientes a eliminar las MTP implementadas en:

- a) Los programas de cómputo.
- b) Las transmisiones a través del espectro electromagnético.
- c) Las redes de telecomunicaciones.
- d) Los programas de elementos electrónicos que contengan elementos visuales, sonoros, tridimensionales o animados, mismos que quedarán protegidos en los elementos primigenios.

Varios especialistas estiman que con la protección conferida a los programas de cómputo se resguardan también otros tipos de obras en forma-

¹⁴ El sistema del *common law* (*copyright*) "...caracteriza los derechos exclusivos de los autores en términos exclusivamente económicos (el derecho a reproducir la obra, a publicarla y adaptarla, por citar algunos ejemplos). Respecto al derecho de autor continental se caracteriza en que "los derechos de los autores son vistos, en esencia, como si fueran una protección a la personalidad del autor (el derecho a ser reconocido como el autor de la obra y el derecho a controlar las modificaciones a la obra son los principales derechos). Peter Drahos, *The Universality of Intellectual Property Rights: Origins and Development*, Inglaterra, University of London, 2005, p. 2. Disponible en: <http://www.wipo.int/tk/en/hr/paneldiscussion/papers/word/drahos.doc>.

to digital. A nuestro parecer, esta afirmación es inexacta, pues si bien es cierto que los programas de cómputo son obras eminentemente digitales, ello no quiere decir que cualquier tipo de obra en formato digital deba ser considerada un programa de cómputo. El artículo 101 LFDA define los programas de cómputo de la siguiente manera:

Se entiende por programa de computación la *expresión original* en cualquier forma, lenguaje o código, de un conjunto de instrucciones que, con una secuencia, estructura y organización determinada, tiene como propósito que una computadora o dispositivo realice una tarea o función específica (énfasis añadido).

De esta manera, para que se considere como programa de cómputo a un conjunto de instrucciones que contienen una secuencia, estructura y organización *determinada*, se requiere una *expresión original*, pues las instrucciones empleadas deberán ser determinadas o fijadas como resultado de una *labor intelectual del autor*.

Visto lo anterior, si un autor fija su obra musical en formato digital, no quiere decir que ésta deba considerarse como programa de cómputo, ya que el autor no empleó expresión original alguna para transformar su obra de formato analógico a digital, pues no intervino en los cálculos matemáticos que utiliza una computadora para llevar a cabo esa conversión.

En consecuencia, quienes estiman que por medio de la protección a los programas de cómputo se resguardan las obras en formato digital, confunden la naturaleza de las mismas, pues mientras el programa es un tipo de obra, el formato se refiere al soporte en el que se encuentra plasmada la obra.

Igualmente, ni la infracción administrativa contemplada en el artículo 231, fracción V de la LFDA, ni el tipo penal del artículo 424 bis, fracción II del CPF, protegen los dispositivos o sistemas instalados en los programas de cómputo. Al respecto, en el artículo 231, fracción V de la LFDA se lee lo siguiente:

Constituyen infracciones en materia de comercio las siguientes conductas cuando sean realizadas con fines de lucro directo o indirecto:

V. Importar, vender, arrendar o realizar cualquier acto que permita tener un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un *programa de computación* (énfasis agregado).

Del contenido de esta disposición se desprende que:

- a) El acto deberá realizarse con fines de lucro directo o indirecto.
- b) Dicha infracción no contempla sanción alguna contra quienes ofrecen el servicio de desactivación de MTP, de conformidad a lo establecido por el artículo 112 de la LFDA.
- c) La sanción no contempla aquellos dispositivos o sistemas cuyo objetivo primordial no sea la desactivación o elusión de MTP, por lo que se podrá importar, vender o arrendar cualquier dispositivo o sistema que, accesoriamente, desactive o eluda una MTP.
- d) La disposición se limita únicamente a los programas de cómputo y no contempla otro tipo de obras en formato digital.

Por su parte, el artículo 424 bis, fracción II del CPF establece lo siguiente:

Se impondrá prisión de tres a diez años y de dos mil a veinte mil días de multa:

II. A quien fabrique con fin de lucro un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación.

De conformidad con lo anterior obtenemos los siguientes elementos del tipo penal:

- a) A quien fabrique. Cuyo supuesto no toma en consideración los casos en los que se brinda el servicio de elusión de la MTP o a quien venda o promueva productos y servicios mediante los cuales se pueda eludir la MTP.
- b) Con fines de lucro. Este supuesto no se cumpliría si el infractor únicamente desactivara el dispositivo electrónico sin fines de lucro. Es común que algunos programadores, ya sea por encargo o para demostrar su *capacidad y amplio conocimiento* en sistemas computacionales, ubiquen en Internet un ejemplar de la obra desactivada o del programa empleado para desactivar el o los dispositivos electrónicos.
- c) Cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección. Al respecto, debe considerarse que existe una diferencia total entre el término *desactivar*, que se emplea tanto en la LFDA como en el CPF, y el término *eludir*, empleado en el TODA y el TOIEF. Así, a través de la *desactivación* se elimina *permanentemente* una MTP, mientras que la *elusión* busca sortear, evitar o evadir la medida tecnológica, logran-

do acceder al contenido de la obra o permitiendo la edición o reproducción no autorizada de la misma, *sin que se erradique* permanentemente la MTP. Si el infractor empleó un programa de cómputo para eliminar la MTP de la obra, puede hablarse de una *desactivación* de la MTP. Pero si el mismo inculpado emplea un programa de cómputo con el que genera claves para acceder y usar la obra, no estamos ante el caso de una eliminación o *desactivación* de la MTP, sino ante su elusión, cuyo supuesto no se encuentra tipificado.

e) De un programa de computación. De nueva cuenta, la protección de este artículo se limita a los programas de cómputo, no a otro tipo de obras en *formato digital*.

De todo lo anterior puede concluirse que los artículos 112 y 231, fracción V de la LFDA, así como el artículo 424 bis, fracción II del CPF, son limitados e inapropiados para proteger las MTP implementadas en las obras con formato digital.

Por consiguiente, el Estado mexicano incumple actualmente con las obligaciones que adquirió a través del TODA y TOIEF, actualmente en vigor, ya que los artículos 11 y 18 del TODA y TOIEF, respectivamente, exigen protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las MTP *efectivas* empleadas por los autores, titulares de derechos, artistas, intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas en relación con el ejercicio de sus derechos, y que, respecto de sus obras, interpretaciones o ejecuciones o fonogramas, restrinjan actos que no hayan sido autorizados o que estén permitidos por la ley.

Consecuentemente, la ley autoral mexicana no puede quedarse rezagada en relación con otras naciones que han adoptado medidas que ofrecen una mayor protección jurídica a las obras contenidas en este formato, así como a sus correspondientes MTP.

El actual atraso legislativo de la tecnología digital nos pone en una situación desventajosa, pues no existe certeza jurídica respecto de la elusión de MTP, así como de la correspondiente venta, desarrollo, importación, etcétera, de tecnología que permita la elusión de obras autorales protegidas por estos medios, lo cual agrava aun más la creciente distribución y venta de obras apócrifas en nuestro país.

Visto lo anterior, el Estado mexicano se encuentra obligado a combatir la piratería por todos los flancos, a fin de combatir efectivamente la piratería digital.

1. *Comentarios respecto a la implementación del TODA y TOIEF a las normas jurídicas autorales mexicanas*

Consideramos que las normas tendientes a implementar el TODA y TOIEF en la LFDA y CPF deberán definir las MTP¹⁵ la elusión,¹⁶ así como los casos en los que se permitiría, de conformidad al contenido de las excepciones contenidas actualmente en la LFDA.

De igual forma, estimamos que deberá prohibirse:

- a) el desarrollo;
- b) la importación;
- c) la distribución;
- d) la venta;
- e) el alquiler;
- f) la publicidad para la venta o alquiler, y
- g) la posesión con fines de lucro directo o indirecto.

De cualquier tecnología electrónica o digital, dispositivo, producto o componente, cuyo *único* o *principal uso sea eludir las MTP*. También deberá prohibirse la promoción o publicación de servicios que permitan eludir las MTP, así como la prestación de dicho servicio.

Complementando la citada prohibición, el Estado mexicano deberá sancionar y combatir, a través de recursos jurídicos efectivos, ya

¹⁵ De tal modo, se recomienda que la definición de MTP deba contemplar los siguientes aspectos:

a) Establecer que las MTP pueden ser sistemas electrónicos o digitales, al igual que dispositivos o componentes.

b) Indicar que la MTP es concebida con el único propósito de proteger una obra autorales en formato digital.

c) Observar que la finalidad de la MTP sea la de limitar o impedir el acceso, uso o reproducción de la obra sin autorización.

d) Señalar que la MTP no protege únicamente a la obra autorales, sino que también tutela los sistemas de gestión implementados en la misma.

e) Advertir que la MTP deberá ser efectiva para que pueda gozar del amparo legal (cuando ésta no pueda eludirse o desactivarse fácilmente por algún usuario con conocimientos medios en electrónica o informática).

¹⁶ Cabe advertir que las sanciones derivadas de la elusión de las MTP deberán aplicarse siempre y cuando se acredite que la persona que llevó a cabo la elusión:

a) Haya tenido la intención de eludir la MTP.

b) No haya efectuado la elusión de modo accidental.

c) No la haya realizado con la autorización del autor o del titular de derechos.

d) No la haya efectuado bajo el amparo de alguna limitación o excepción contemplada en la LFDA.

sean administrativos y/o penales, todos aquellos actos que vulneren las MTP.¹⁷

Asimismo, consideramos que los usuarios de obras, sean analógicas o digitales, deberán conservar los beneficios que les confieren las limitaciones y excepciones, pues éstas responden a necesidades primordialmente sociales, tales como la difusión de la cultura, la educación y la investigación científica.

Por ello, consideramos que la primera medida que deberá tomar el Estado mexicano sobre este particular es que los autores o titulares de derechos adviertan al público usuario que la obra que se encuentra en el comercio se esta protegida por alguna MTP.¹⁸ Así se confiere al usuario la decisión para adquirir o no un producto que utilice MTP, con lo que se puede prevenir que tenga problemas para acceder, usar o reproducir una obra bajo el amparo de las limitaciones y excepciones.

Igualmente, consideramos obligatorio que en las obras con formato digital se señalen los datos del autor o del titular de derechos, o de algún representante o apoderado legal de éstos, con la finalidad de que el usuario que adquiera legalmente la obra acuda ante él para pedir la elusión de la MTP que le impide el acceso, uso o reproducción de la obra, siempre y cuando el usuario se encuentre en alguno de los casos comprendidos por la ley para beneficiarse de las limitaciones o excepciones.¹⁹

¹⁷ Asimismo, proponemos la aplicación de medidas cautelares, tales como órdenes de retiro de circulación, así como el aseguramiento de toda tecnología que permita la elusión de las MTP.

Del mismo modo, los autores o titulares de derechos podrán acudir a los tribunales civiles para reclamar el pago de daños y perjuicios generados por aquellos que hayan eludido o que hayan brindado sus servicios para eludir MTP efectivas. Asimismo, se podrá demandar el pago de daños y perjuicios a aquellas personas que desarrollen, comercialicen, distribuyan o arrienden tecnología, dispositivos o componentes que permitan eludir las MTP sin autorización del autor o del titular de derechos.

¹⁸ El Estado alemán adoptó esta medida al momento de implementar las MTP, en el artículo 95 d(1) de la Ley Alemana de Derechos de Autor de 1965, reformada en 2003, cuyo contenido se transcribe a continuación:

“§95 d. Requisitos para etiquetado. (1) Las obras protegidas y otros contenidos protegidos por medidas tecnológicas deben estar etiquetados, de manera claramente visible, con las propiedades de la medida tecnológica aplicada”. Traducción del autor. Disponible en: <http://www.euro-copyrights.org/index/14/51>.

¹⁹ Al respecto, en su artículo 95d (2) la ley autoral alemana señala lo siguiente:

“§95d. Requisitos para etiquetado. (2) Cualquier persona que proteja obras u otros contenidos a través de medidas tecnológicas tendrá que etiquetarlas con su nombre o

Consecuentemente, el Estado mexicano se encargará no sólo de garantizar la aplicación de medidas que protejan las MTP implementadas en las obras con formato digital; también se encargará de aplicar medidas de control que garanticen el equilibrio entre los derechos de autor y las limitaciones y excepciones.

El Estado será el principal promotor y garante del respeto a las MTP, apoyando además a los usuarios que se beneficien por alguna de las limitaciones o excepciones contempladas en la LFDA.

La elusión señalada no se llevaría a cabo por el propio usuario, pues, como mencionamos, estaría prohibida. En tal caso, la elusión sería efectuada únicamente por el autor o titular de derechos, y se concretaría a permitir que el usuario logre el acceso, uso o reproducción de la obra tal y como lo indique la ley autoral. Así las cosas, el autor o titular de derechos modificarían la protección de la medida tecnológica solamente en beneficio del usuario que así lo requiera.

Por otra parte, cabe la posibilidad de que el usuario que solicite la elusión reciba la negativa o indiferencia por parte del autor o titular de derechos. Por tanto, consideramos operante la intervención del Instituto Nacional del Derecho de Autor como mediador entre el autor y el usuario, a través del procedimiento de avenencia contemplado en los artículos 217 y 218 de la LFDA.

Pese a lo anterior, puede darse el caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, por lo cual aconsejamos la configuración de un procedimiento expedito, donde el usuario beneficiado por alguna limitación o excepción acuda ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor para solicitar la elusión de la MTP implementada en la obra autoral que adquirió. Asimismo, el Instituto daría vista al autor o titular de derechos para que manifestara lo que a su derecho conviniera en relación con la solicitud del usuario.

nombre de la sociedad, y domicilio para servicio, con la finalidad de permitir la interposición de demandas con fundamento en los artículos §95b (2)”. Traducción del autor. *Ibidem*.

El artículo 95b (2) señala que cualquier persona que viole las obligaciones contenidas en el párrafo primero del artículo 95b podrá ser obligada por el beneficiado de alguna limitación o excepción, para hacer efectivo dicho beneficio. Asimismo, el primer párrafo del artículo 95b se refiere a la obligación de los autores y titulares de derechos para poner a disposición de las personas que se beneficien por alguna limitación o excepción, aquellos medios que les permitan alcanzar estos beneficios.

Una vez que el Instituto recibiera los argumentos del autor o titular de derechos, tendría que efectuar la valoración de la solicitud y de los argumentos del autor o titular, con la finalidad de determinar, de conformidad con la prueba del criterio triple, si la excepción invocada por el usuario:

- a) se está aplicando a un caso en particular;
- b) no atenta contra la explotación normal de la obra;
- c) no causa un perjuicio injustificado a los intereses del autor o titular de derechos.

En caso de que la autoridad falle en favor del solicitante, se ordenará al autor o titular de derechos que permita, dentro de un plazo determinado, el acceso, uso o reproducción de la obra en beneficio del solicitante.

Ahora bien, el autor o titular tendrá que permitir el uso o acceso a la obra como estime conveniente. De igual forma, la autoridad deberá advertir al solicitante sobre las consecuencias jurídicas derivadas del acceso, utilización o reproducción de la obra con fines contrarios a los requeridos por el usuario, tales como el lucro directo o indirecto, con lo que se dejarían a salvo los derechos del autor o titular para actuar legalmente en contra del usuario.

De considerarlo conveniente, el autor o titular podrá implementar las medidas que estime pertinentes en la obra eludida, con el fin de monitorear el buen uso que se le ha dado, sobre todo en lo que respecta a su reproducción.

Consecuentemente, son varios los aspectos que el legislador deberá tomar en consideración para implementar la protección jurídica de las MTP en el sistema autoral mexicano. Abundando en lo anterior, valioso resultaría que se tomaran en consideración las experiencias de otros Estados que ya han implementado en sus respectivos marcos jurídicos la figura de las MTP, lo cual les brindaría mayores elementos para la elaboración de un proyecto que cumpla con las necesidades tanto de los autores y titulares de derechos en México, así como de los usuarios de las obras en formato digital, cuyo marco jurídico brindaría una mayor certidumbre para el creciente uso de obras con dicho formato.

IV. LAS MTP EN EL SISTEMA ESTADOUNIDENSE

Los Estados Unidos de América fue uno de los primeros países en instrumentar una protección jurídica a las MTP contenidas en las obras en

formato digital. En este sentido, un antecedente legislativo lo representa el *Audio Home Recording Act* de 1992, cuyo ordenamiento legal resultó innovador en cuanto a la inclusión de normas en las que se obligaba a los importadores, fabricantes o distribuidores de reproductores de audio digital o de aparatos con interfase de audio digital, para que contaran con tecnología anti-copiado.²⁰ Asimismo, dicho ordenamiento resultó el primer antecedente legislativo que incluía normas contra la elusión de MTP contenidas en los reproductores de fonogramas en formato digital.²¹

Estados Unidos de América también fue el primer Estado que implementó el TODA y el TOIEF en su sistema jurídico, pese a que la delegación estadounidense no pudo influir del modo que esperaba en el contenido de estos acuerdos durante la Conferencia de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual de 1996.²²

Así, el 28 de octubre de 1998 se aprobó el contenido del *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA), cuyo ordenamiento prohíbe tanto la elusión de las MTP contenidas en obras con soporte digital, como la fabricación y comercialización de dispositivos que permitan su elusión.

²⁰ Audio Home Recording Act, § 1002 (a): “PROHIBICIÓN A LA IMPORTACIÓN, MANUFACTURA Y DISTRIBUCIÓN. Ninguna persona podrá importar, manufacturar, o distribuir algún tipo de dispositivo reproductor de audio digital o aparato con interfase de audio digital que no cuente con:

a) el sistema de gestión de la copia en serie;

b) un sistema que cuente con las mismas características funcionales del sistema de gestión de la copia en serie y requiera que el derecho de copia y de generación de información sea enviada, recibida y que actúe en consecuencia entre dispositivos que usen el método del sistema de regulación de copias seriales y dispositivos que usen el sistema de gestión de la copia en serie, o

c) cualquier otro sistema certificado por la Secretaría de Comercio que prohíba la copia serial no autorizada”. Traducción del autor.

²¹ Audio Home Recording Act, § 1002 (c): “Ninguna persona podrá importar, manufacturar, o distribuir algún tipo de dispositivo, u ofrecer o brindar cualquier servicio, cuyo principal propósito o efecto sea evitar, evadir, quitar, desactivar, o de cualquier modo eludir cualquier programa o circuito que implemente, en conjunto o en parte, un sistema descrito en la subsección (a)”. Traducción del autor.

²² Jessica Litman describe en su obra *Digital Copyright* el modo en el que la agenda estadounidense intentó alterar el contenido de los tratados emanados de la Conferencia Diplomática de 1996, para recibir el apoyo del Congreso estadounidense y aprobar la propuesta legislativa del *Information Infrastructure Task Force*, encargada de articular e implementar la visión de la administración Clinton respecto al *Information National Infrastructure*, nombre que tuvo Internet en sus orígenes.

Por tanto, el DMCA distingue, por un lado, la elusión de MTP que protegen el acceso a la obra, y, por otro, la elusión de aquellas medidas que protegen el uso de la obra, tal como se presenta a continuación:

<i>Medidas que protegen el acceso a la obra</i>	<i>Medidas que protegen el uso de la obra</i>
<p>§1201 (a)(2)(A) Esté básicamente diseñada o producida con el propósito de eludir <i>una medida tecnológica que efectivamente controle el acceso a una obra protegida bajo este título;</i></p>	<p>§1201 (b)(1)(A) Esté básicamente diseñada o producida con el propósito de eludir <i>la protección proporcionada por una medida tecnológica que proteja efectivamente un derecho de un titular con fundamento en este título, ya sea de la obra o una porción de ésta;</i></p>
<p>§1201 (a)(2)(B) Su único propósito comercial o uso no sea otro más que la elusión de una medida tecnológica que efectivamente <i>controle el acceso a una obra protegida bajo este título;</i> o</p>	<p>§1201 (b)(1)(B) Su único propósito comercial o uso no sea otro más que la elusión de una medida tecnológica que efectivamente <i>proteja un derecho de un titular con fundamento en este título, ya sea de la obra o una porción de ésta,</i> o</p>
<p>§1201 (a)(2)(C) Esté comercializada por esa persona u otra que actúe conjuntamente con esa persona, con el conocimiento para eludir <i>MTP que efectivamente controlen el acceso a una obra protegida bajo este título.</i></p>	<p>§1201 (b)(1)(C) Esté comercializada por esa persona u otra que actúe conjuntamente con esa persona, con el conocimiento para eludir <i>la protección proporcionada por una medida tecnológica que proteja efectivamente un derecho de un titular con fundamento en este título, ya sea de la obra o una porción de ésta.</i></p>

El legislador estadounidense definió la elusión y la medida tecnológica efectiva, dependiendo del tipo de protección:

<i>Medidas que protegen el acceso a la obra</i>	<i>Medidas que protegen el uso de la obra</i>
§1201 (a)(3)(A) Eludir una medida tecnológica significa <i>descifrar una obra cifrada, decodificar una obra codificada o, de cualquier modo, evadir, evitar, suprimir, desactivar o debilitar una medida tecnológica, sin la autorización del titular.</i>	§1201 (b)(2)(A) Eludir la protección proporcionada por una medida tecnológica significa <i>evadir, evitar, suprimir, desactivar o de otro modo debilitar una medida tecnológica.</i>
§1201 (a)(3)(B) Una MTP, efectivamente, controla el acceso a la obra si la medida, en el curso habitual de su funcionamiento, <i>requiere la utilización de información o un proceso o un empleo, con la autorización del titular, para acceder a la obra.</i>	§1201 (b)(2)(B) Una medida tecnológica protege, efectivamente, un derecho de un titular, con fundamento en este título, si la medida, en el curso habitual de su funcionamiento, <i>previene, restringe o, de otro modo, limita el ejercicio de un derecho de un titular con fundamento en este título.</i>

Además, el DMCA contempla una *disposición no obligatoria*, con la cual los fabricantes de equipos electrónicos y ordenadores no se encuentran forzados a instalar medidas tecnológicas en sus equipos, por lo que éstas sólo podrán ser implementadas con el consentimiento de los fabricantes, los autores y/o titulares de derechos.

Por consiguiente, el DMCA ampara los sistemas tecnológicos de protección efectivos que hayan sido implementados en las obras con formato digital, y cuya función sea impedir el acceso no autorizado a dicha obra, así como proteger los derechos del titular sobre ésta, prohibiendo además la reproducción de obras protegidas con algún tipo de MTP.

Para especialistas como Samuelson, las normas antielusión en el DMCA son *impredecibles, amplias, inconsistentes y complejas*,²³ y hay

²³ Samuelson, Pamela, *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to be Revised*, Universidad de California en Berkeley, 1999, p. 26.

quienes afirman que el contenido de este documento es *vago y utiliza términos cruciales mal definidos o incorrectos*.²⁴ Para Nimmer, el DMCA es un ordenamiento jurídico *terriblemente complicado*.²⁵ Por su parte, Marzano afirma que el DMCA *se hizo pensando en los titulares de derechos, por lo que no existe equilibrio entre usuarios y titulares*; asimismo, opina que el error fundamental del DMCA radica en su sistema de excepciones parciales, ya que no se especificó cuáles serían los supuestos en los que una elusión podría ser permitida y en cuáles no.²⁶ Por lo anterior, Samuelson indica que el DMCA es un freno importante para el uso educativo, cultural e industrial de las obras en formato digital.

De igual modo, se ha cuestionado ampliamente el impacto del DMCA sobre el *fair use* estadounidense, pues si bien es cierto que este ordenamiento indica que las normas en él contenidas no afectan dicho principio, también resulta cierto que los usuarios de obras en formato digital se ven imposibilitados para ejercer el *fair use*, pues el derecho de acceso a la obra se ve impedido por las MTP instaladas en ella.²⁷

De acuerdo con lo anterior, aunque cuente con la autorización del autor o del titular de derechos, o se encuentre amparado por alguna excepción contemplada en la ley para eludir la MTP,²⁸ el usuario se verá imposibilitado para ejercer dicha autorización, pues hay que recordar que el DMCA prohíbe además la comercialización y el diseño de dispo-

²⁴ Committee on Intellectual Property Rights and the Emerging Information Infrastructure, *The Digital Dilemma: Intellectual Property and the Emerging Information Infrastructure*, Estados Unidos de América, National Academy Press, 2000, p. 311.

²⁵ Nimmer, David, *A Riff on Fair Use in the Digital Millennium Copyright Act*, University of Pennsylvania Law Review, 1/1/2000.

²⁶ Marzano, P., *Sistema Anticopiaggio, tatuaggi Electronice e Responsabilita on Line: Il Diritto D'autore risponde alli Sfide di Internet, Diritto di Autore*, 1998, p. 180. Citado por Ignacio Garrote Fernández-Diez, *op. cit.*, p. 530.

²⁷ A modo de referencia, se recomienda consultar el resumen efectuado por Ricardo Antequera Parilli respecto a la jurisprudencia estadounidense derivada del DMCA. *Las Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Entorno Digital*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2005, p. 27. Disponible en: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_2.pdf.

²⁸ Eduardo de Freitas Straumann nos brinda una relación sucinta de dichas excepciones en *Experiencia en los Estados Unidos de América: Digital Millennium & Copyright Act, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2005, p. 9. Disponible en: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_6.pdf.

sitivos o sistemas para eludir MTP, así como la prestación de servicios que permitan eludir por encargo la MTP, por lo que el usuario tendría que eludir por sus propios medios la MTP, situación que resulta prácticamente imposible para alguien que carezca de los conocimientos y los medios necesarios.

Así las cosas, se estima que el DMCA afecta el balance entre el usuario y los titulares de derechos, ya que se les confiere mayores beneficios a los titulares de derechos. Inclusive, estos beneficios van más allá de los derechos contemplados en el Convenio de Berna,²⁹ TODA³⁰ y TOIEF,³¹ como el derecho de acceso a la obra, razón por la cual los especialistas concluyen que se han diezmando las limitaciones a favor de los usuarios y el *fair use*.

V. LAS MTP EN EL SISTEMA EUROPEO

Las MTP se amparan de conformidad al contenido de tres directivas, mismas que se abordarán a continuación.

²⁹ Artículo 9,2 Convenio de Berna: “Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.

³⁰ Artículo 10 TODA: “(1) Las partes contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

(2) Al aplicar el Convenio de Berna, las partes contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.

³¹ Artículo 16 TOIEF: “(1) Las partes contratantes podrán prever en sus legislaciones nacionales, respecto de la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, los mismos tipos de limitaciones o excepciones que contiene su legislación nacional respecto de la protección del derecho de autor de las obras literarias y artísticas.

(2) Las partes contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en el presente Tratado a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la interpretación o ejecución o del fonograma ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante o del productor de fonogramas”.

1. *Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información (DASI)*

Las MTP son definidas en el apartado 3 del artículo 6o. DASI como:

Toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos afines a los derechos de autor establecidos por ley o el derecho *sui generis* previsto en el capítulo III de la Directiva 96/9/CE.³²

De conformidad al contenido de esta definición, la protección que otorga la DASI se restringe al derecho de autor y derechos conexos, así como *sui generis* (aplicable a las bases de datos).

Por consiguiente, la DASI contiene varias consideraciones en relación con las medidas tecnológicas, las cuales no sólo sirvieron como antecedentes para la elaboración del proyecto final de la DASI, sino que también se utilizan como criterios de interpretación para la Directiva:

Considerando 13: Se insta a los Estados miembros para que adopten normas jurídicas tendentes a amparar las MTP implementadas en las obras en formato digital.³³

Considerando 47: Se plantean las MTP como un recurso a través del cual los autores y titulares de derechos podrán proteger sus obras en el entorno digital. Sin embargo, también se señala que las mismas medidas tecnológicas pueden ser eludidas a su vez de forma dolosa, por lo que se recurre a legislar en la materia con la finalidad de que se otorgue amparo jurídico a las medidas tecnológicas.

³² Con base en el contenido de esta definición, la protección que otorga la DASI se restringe a los derechos de autor, conexos y *sui generis* (esta última aplicable a las bases de datos), a diferencia de la DAC, pues, como ya se explicó, esta última se ha aplicado de modo complementario para proteger distintos servicios cuando su objetivo inicial era resguardar servicios de televisión y radio tradicionales.

³³ Considerando 13, DASI: *Es fundamental la búsqueda común y la aplicación coherente, a escala europea, de medidas tecnológicas tendentes a proteger las obras y prestaciones y a asegurar la información necesaria sobre los derechos, dado que el objetivo último de estas medidas tecnológicas es hacer operativos los principios y garantías establecidos por las normas jurídicas.*

Considerando 48: Las MTP no impedirán el funcionamiento normal de los equipos electrónicos y su desarrollo técnico. Del mismo modo, no habrá obligación de implementar MTP en los dispositivos o componentes que se utilicen con las obras en formato digital. Finalmente, no se podrán prohibir los dispositivos cuya función esencial *no* es la de eludir las MTP.

Considerando 50: Respecto a los programas de cómputo, se empleará únicamente la Directiva 91/250/CEE del Consejo, del 14 de mayo de 1991, *sobre la protección jurídica de programas de ordenador.*

Considerando 58: Se deben prever sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, así como la posibilidad de solicitar la reparación de daños y perjuicios, medidas cautelares y la incautación de material ilícito.

Considerando 59: Los titulares de derechos podrán solicitar medidas cautelares a los proveedores de Internet, pues se afirma que son éstos quienes están en una mejor condición para impedir la comisión de actividades ilícitas.

Los criterios vertidos en las consideraciones de la propuesta de Directiva sirvieron como base para redactar el texto de la misma. Al respecto, el artículo 6o. regula el amparo jurídico conferido a las MTP. De la redacción de dicho artículo se desprende que los Estados miembros establecerán protección jurídica adecuada contra:

a) Elusión	de MTP
b) Menoscabo a través de dispositivos, productos o componentes	

Respecto a la elusión, el artículo 6o., apartado 1 DASI establece lo siguiente: “1. Los Estados miembros establecerán una protección jurídica adecuada contra la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva, cometida por una persona a sabiendas, o teniendo motivos razonables para saber que persigue ese objetivo”.

La DASI señala, entonces, que la medida tecnológica eludida debió ser efectiva,³⁴ además de que la elusión debió efectuarse con tal ánimo

³⁴ El artículo 6o., apartado 3 asevera que una medida tecnológica se considerará eficaz cuando el uso de la obra o prestación protegidas esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control del copiado, que logre este objetivo de protección.

o intención.³⁵ Al respecto, Séverine Dusollier afirma que el peligro real contra las medidas tecnológicas no radica tanto en la conducta de los particulares, sino más bien en aquellas compañías que produzcan, vendan, renten o anuncien aparatos elusivos de las medidas tecnológicas.³⁶ Por tal motivo, el menoscabo de las MTP a través de dispositivos, productos o componentes es un ilícito, tal y como se establece en el artículo 6o., apartado 2 de la DASI:

2. Los Estados miembros establecerán una protección jurídica adecuada frente a la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, publicidad para la venta o el alquiler, o posesión con fines comerciales, de cualquier dispositivo, producto o componente o la prestación de servicios que:

- a) sean objeto de una promoción, de una publicidad o de una comercialización con la finalidad de eludir la protección,
- b) sólo tengan una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección,
- c) estén principalmente concebidos, producidos, adaptados o realizados con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección de cualquier medida tecnológica eficaz.

Por lo anterior, los Estados miembros se encuentran obligados a impedir la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, publicidad para la venta o alquiler y la posesión con fines comerciales de cualquier bien (dispositivo, producto, componente) o servicio que:

I. Sea promovido, publicitado o comercializado con la	Única finalidad eludir medidas tecnológicas eficaces de protección. ³⁷
II. Su uso comercial tenga como	
III. Su concepción, producción, adaptación o realización tenga como	

³⁵ La elusión no debió realizarse de modo accidental, sino con elementos suficientes que lleven a concluir que el individuo tenía la intención de eludir la MTP o que la haya eludido con conocimiento de causa.

³⁶ Séverine Dusollier, “Electrifying the Fence: The Legal Protection of Technological Measures for Protecting Copyright”, *European Intellectual Property Review*, vol. 21, núm. 6, 1999, pp. 285-297.

³⁷ A diferencia de las Propuestas de la Directiva, donde se optaba por una lista abierta de conductas, el texto final de la Directiva contempló una lista restringida de conductas típicas.

Respecto a las sanciones y vías de recurso contra la violación de derechos y obligaciones previstas en la Directiva, el artículo 8o., capítulo IV de la DASI, establece la obligación de los Estados miembros de instrumentar sanciones *efectivas, proporcionadas y disuasorias*³⁸ contra la violación del derecho de autor y derechos conexos.³⁹

También se previó el resarcimiento de los daños y perjuicios a los titulares de derechos afectados por el ilícito cometido en el territorio de un Estado miembro, la aplicación de medidas cautelares y la incautación de material ilícito, dispositivos, productos y componentes contemplados en el artículo 6o. de la DASI.⁴⁰

Por último, *los Estados miembros velarán por que los titulares de los derechos estén en condiciones de solicitar medidas cautelares contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir un derecho de autor o un derecho afín a los derechos de autor.*⁴¹

2. La Directiva 98/84/CE, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso (DAC)

Dicha Directiva se pensó para proteger los servicios de televisión y radio tradicionales; sin embargo, su aplicación se ha extendido a otro tipo de servicios, tales como transacciones bancarias, consulta de bases de datos, adquisición de productos en línea, etcétera. Por medio de esta Directiva se protegen servicios contra el acceso no autorizado, sin que necesariamente se trate de una obra artística o literaria.

Por tal motivo, se optó por la aplicación complementaria de la DAC y DASI para proteger obras en formato digital, pues mientras la primera protege contra el acceso no autorizado a un servicio empleando dispositivos ilícitos,⁴² la segunda protege el acceso y contenido de una obra.

³⁸ De nueva cuenta, este tipo de redacción da a entender que las sanciones aplicables deberán ser del tipo penal, pues se habla de medidas disuasorias, cuyo carácter es de tipo penal y no civil.

³⁹ Artículo 8o., apartado 1 de la DASI.

⁴⁰ Artículo 8o., apartado 2 de la DASI.

⁴¹ Artículo 8o., apartado 3 de la DASI.

⁴² Los dispositivos ilícitos son “cualquier equipo o programa informático diseñado o adaptado para hacer posible el acceso a un servicio protegido en forma inteligible sin autorización del proveedor del servicio” (artículo 2o., e de la DAC).

Asimismo, para alcanzar el objetivo de la DAC se impusieron obligaciones a los Estados signatarios de la Directiva con la finalidad de que sancionaran, a través de sus respectivas legislaciones, las siguientes actividades:⁴³

1. La fabricación, importación, distribución, venta, alquiler o posesión con fines comerciales de dispositivos ilícitos.
2. La instalación, mantenimiento o sustitución con fines comerciales de un dispositivo ilícito.
3. El uso de comunicaciones comerciales para la promoción de dispositivos ilícitos.

Podemos concluir, *grosso modo*, que la DAC sólo prohíbe la comercialización de una serie de dispositivos considerados ilícitos, sin tomar en consideración la conducta de la elusión, mientras que la DASI se refiere a la elusión de modo explícito.

3. La Directiva 91/250/CEE, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (DPJPO)

En su artículo 7.1 c), protege las MTP implementadas en los programas de cómputo bajo el título *medidas especiales de protección*.⁴⁴ Asimismo, impone a los Estados miembros la obligación de tomar medidas contra la puesta en circulación de aquellos medios que tuvieran como única finalidad suprimir o neutralizar los *dispositivos técnicos* establecidos en un programa de cómputo.

Cabe señalar que debido a esta Directiva, la DASI no protege las MTP instaladas en un programa de cómputo, por lo que resulta fundamental valorar si nos encontramos ante la presencia de un programa de cómputo o algún otro tipo de obra en formato digital, con la finalidad de determinar cuál de las dos Directivas protegerá las MTP.⁴⁵

⁴³ Artículo 4o. de la DAC.

⁴⁴ “Artículo 7o. Medidas especiales de protección.

1. Sin perjuicio de las disposiciones de los artículos 4o., 5o. y 6o., 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”. DPJPO.

⁴⁵ Al respecto, los considerandos 20 y 50 de la DASI señalan lo siguiente:

Considerando 20: La presente Directiva se basa en principios y normas ya establecidos por las Directivas vigentes en la materia, en particular, las Directivas 91/250/CEE,

Sin embargo, es de llamar la atención que la protección conferida a las MTP en la DASI resulta ser mucho más amplia pues, con fundamento en el artículo 6.2 c), prohíbe la comercialización de productos o servicios *principalmente concebidos, producidos, adaptados y realizados con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección de cualquier medida tecnológica eficaz.*

Como podemos apreciar, el artículo 7.1 c) de la DPJPO habla únicamente de los dispositivos técnicos cuyo *único fin* sea la supresión o neutralización no autorizada de los dispositivos técnicos. De tal modo, si un dispositivo técnico empleado para suprimir la MTP de un programa de cómputo tiene otros usos, además de aquel que permite la supresión de MTP, el dispositivo técnico *no* será ilegal de conformidad al contenido de la DPJPO.

Por otra parte, la DASI exige que la MTP sea *eficaz* pues, de lo contrario, la MTP no estará amparada bajo la DASI. En el caso de la DPJPO no se exigía este requisito para proteger una MTP implementada en un programa de cómputo.

Visto lo anterior, la DASI ha representado un gran reto para los Estados miembros de la Unión Europea debido a que en varios países se cuestiona el alcance de la DASI en relación con los derechos de los usuarios de obras en formato digital.

Varios Estados habían sido renuentes a la implementación de esta Directiva en su marco autoral, debido al enfoque mixto de la DASI en relación con el derecho de autor y derechos Conexos, pues en la misma se utilizan los criterios del derecho de autor continental, así como del *copyright*.

92/100/CEE, 93/83/CEE, 93/98/CEE y 96/9/CE, y los desarrolla e integra en la perspectiva de la sociedad de la información. Las disposiciones de la presente Directiva deben entenderse sin perjuicio de las disposiciones de dichas Directivas, salvo disposición en contrario de la presente Directiva.

Considerando 50: Dicha protección jurídica armonizada no afecta a las disposiciones específicas de protección previstas en la Directiva 91/250/CEE. En concreto, *no debe aplicarse a la protección de medidas tecnológicas utilizadas en relación con programas informáticos, la cual está contemplada exclusivamente en dicha Directiva.* Tampoco debe impedir ni obstaculizar el desarrollo o la utilización de cualquier medio destinado a neutralizar una medida tecnológica necesaria para hacer posibles actos realizados de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 5o. y en el artículo 6o. de la Directiva 91/250/CEE. Los artículos 5o. y 6o. de dicha Directiva establecen únicamente excepciones a los derechos exclusivos a los programas informáticos.

Además, han sido varios los usuarios y las organizaciones que se han manifestado en contra del uso de MTP en obras con formato digital, pues los mismos usuarios de las obras se ven imposibilitados para reproducir la obra adquirida en cualquier dispositivo, para obtener copias lícitas de sus obras adquiridas legalmente, además de que se afectaría a las comunidades estudiantiles y de investigación, pues a pesar de que la DASI reconoce el derecho de los usuarios de una obra para eludir las MTP, bajo el amparo de las excepciones contempladas en el artículo 5o. de la DASI, en lo práctico los usuarios se verían imposibilitados para ejercer las limitaciones mencionadas, debido a que no podrían recurrir a algún dispositivo o servicio que le permita eludir la MTP, toda vez que se prohíbe la promoción y comercialización en los Estados miembros de dispositivos o servicios para eludir las MTP.

Así las cosas, se reconoce ampliamente el derecho del usuario para eludir las MTP de una obra en formato digital de conformidad a lo establecido por las limitaciones y excepciones, pero no se permite que el usuario se allegue de los dispositivos o servicios para eludir las MTP.

Por lo anterior, en algunos Estados se puede recurrir a las Cortes o a las autoridades administrativas correspondientes para demandar la elusión *lícita* de la MTP. Esto resulta difícil y poco práctico, puesto que rara vez algún usuario recurriría a esta vía judicial o administrativa.⁴⁶ Por esta razón, muchas organizaciones pro-derechos civiles han buscado que en las legislaciones de sus respectivos Estados se modifique a nivel comunitario o estatal la DASI.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Consideramos que el modelo europeo busca ser más justo y conciliador entre la protección legal de las MTP y las excepciones y limitaciones, justificando con ello un equilibrio de derechos entre los autores, titulares de derechos y usuarios de obras. Esta situación no se reproduce en el sistema estadounidense pues, como se recordará, el proyecto inicial del

⁴⁶ En Francia y Dinamarca se permite recurrir a cuerpos mediadores donde los titulares de derechos de explotación y los usuarios fijan los términos bajo los cuales el usuario podrá acceder, usar o reproducir la obra protegida por una medida tecnológica. En algunos países, como Alemania y Austria, los usuarios beneficiados por alguna limitación o excepción recurren a una orden judicial que ordene a los titulares de derechos para que permitan a los usuarios eludir las MTP implementadas en su obra.

DMCA no contemplaba excepciones y limitaciones a la protección legal de las MTP y fue, gracias a la intensa labor de negociación y presión de los grupos antagonistas al proyecto, que consiguieron excepciones contra las prohibiciones impulsadas por las compañías estadounidenses del entretenimiento.

Por lo anterior, diversos especialistas han advertido que la tutela jurídica conferida a las MTP a través del DMCA y la DASI, afectan el equilibrio entre el derecho de autor y las limitaciones y excepciones, pues estiman que los usuarios que se benefician con estas últimas, por razones de utilidad pública o para uso personal y privado, se verán imposibilitados para ejercer estos derechos, pues tales ordenamientos prohíben cualquier tipo de elusión de las MTP sin autorización del titular de derechos, además de que enumeran un número restringido de casos en los que se pueden eludir las MTP bajo el amparo de alguna excepción o limitación.

Así las cosas, tenemos que los usuarios se encuentran en una situación difícil, toda vez que se les prohíbe todo acceso a productos o servicios que les permitan eludir las MTP legalmente. En consecuencia, sólo aquellos usuarios que cuenten con los medios o conocimientos técnicos que les permitan eludir una MTP podrán beneficiarse de las limitaciones o excepciones contempladas en sus marcos jurídicos, lo cual resulta injusto, pues sólo un reducido número de usuarios contarán con dichos conocimientos.

Al momento de implementarse este tipo de normas en el sistema autoral mexicano, estimamos que deben tomarse en consideración las experiencias de otros Estados y que se establezcan mecanismos por medio de los cuales los usuarios beneficiados por alguna limitación o excepción puedan recurrir, de ser necesario, a instancias administrativas que funjan como intermediarias entre el usuario y los titulares de derechos, para que estos últimos brinden los medios o el apoyo al usuario para que el éste pueda acceder, usar o reproducir la obra en formato digital protegida con una MTP.

Asimismo, consideramos que con el paulatino uso de MTP en las obras coadyuvará en gran medida al combate de la piratería a nivel usuario, por lo que aquellos usuarios que cuenten con los conocimientos o los medios para eludir las MTP serán mucho más reducidos, cuya situación permitirá un mayor combate contra quienes efectúen dicha elusión y ponen a disposición del crimen organizado la versión eludida de la obra.

Finalmente, no nos queda más que advertir la creciente importancia que han adquirido las MTP en las obras con formato digital, por lo que la inversión en su investigación y desarrollo se ha incrementado en gran medida. La era digital, como mencionamos, ha beneficiado sustancialmente a los autores y titulares de derechos, brindándoles opciones para explotar y controlar su obra como en ninguna otra época, situación que impone nuevos retos jurídicos que llevan a la necesidad de investigar y debatir el papel que desempeñará el derecho de autor en esta nueva era.