

MEDIDAS DE PROTECCIÓN TECNOLÓGICA EN EL BORRADOR ALCA*

*Gwen Hinze*¹
Electronic Frontier Foundation

SUMARIO: A.- LA CUESTIÓN.- B.- EL ORIGEN DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN TECNOLÓGICAS (TPM'S).- C.- LOS PATROCINADORES DE LA NORMATIVA.- D.- EL IMPACTO PROBABLE DE AMPLIAR LA PROTECCIÓN LEGAL PARA LAS TPMS.- 1.- LA SUSTITUCIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR.- 2.- IMPEDIR EL ACCESO A INFORMACIÓN.- 3.- POSIBLE SELLADO DIGITAL Y TRANSFERENCIA NETA DE RIQUEZA HACIA LOS TITULARES DE DERECHOS DE AUTOR ESTADOUNIDENSES.- E.- IMPACTO ADVERSO SOBRE FINES DE ORDEN PÚBLICO.- 1.- EL ESTANCAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA.- 2.- LA SUPRESIÓN DE LA INNOVACIÓN TECNOLÓGICA.- F.- PRECEDENTES EN TRATADOS DE COMERCIO.-

A.- LA CUESTIÓN

El artículo 21 de la Sección 3 del capítulo de Propiedad Intelectual del borrador del tratado del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) requiere la adopción de una protección legal a las medidas tecnológicas de protección (*technological protection measures*, TPMs) incorporadas en sus obras por los titulares de derecho de autor. Aunque la protección legal de tales medidas tiene el legítimo propósito de brindar protección a los titulares de derechos de autor, la experiencia de los Estados Unidos con una disposición similar introducida por la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) demuestra que la amplia protección legal puede tener muchos efectos no deseados.

* Documento presentado en la "Tercera Reunión temática sobre las negociaciones de propiedad intelectual con la participación de la Sociedad Civil", en el marco de las negociaciones destinadas a la conformación del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), realizada el 28 de enero del 2004 en la ciudad de Santo Domingo, República Dominicana. Traducción de Alberto Cerda Silva, Profesor Asistente de Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, efectuada dentro del marco de la investigación "Medidas Tecnológicas de Protección del Derecho de Autor en el Derecho Comparado. Bases para una regulación en la legislación nacional", financiada por el Departamento de Investigación de la Universidad de Chile. El texto digital en inglés de esta obra ha sido licenciado bajo Creative Commons. Para más información sobre ella, véase: <http://www.creativecommons.org/licenses/by-nc/2.0/>

¹ Abogado, gwen@eff.org // Teléfono + (1) (415) 463-9333 X 110 // <http://www.eff.org>

El capítulo sobre propiedad intelectual del borrador del ALCA de noviembre de 2002 contiene dos versiones del Artículo 21. Mientras la primera extendería las protecciones hacia los *broadcasters* existentes en tratados internacionales, la segunda redacción es mucho más amplia y significaría:

- (1) sustituir los sistemas nacionales existentes sobre derechos de autor;
- (2) perjudicar el acceso a la información digital e incrementar la brecha digital;
- (3) fortalecer el uso de monopolios de precios de los propietarios de productos y servicios, y traducirse en una transferencia neta de riqueza desde las economías de los países signatarios hacia los titulares de derechos de autor estadounidenses; y
- (4) potencialmente minar otras importantes finalidades políticas por el estancamiento de la investigación científica y deprimir la innovación tecnológica en software nacional y a los consumidores del sector electrónico.

B.- EL ORIGEN DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN TECNOLÓGICAS

El Artículo 11 del Tratado sobre Derechos de Autor de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) y el Artículo 18 del Tratado OMPI sobre interpretación o ejecución de fonogramas (los Tratados sobre Copyright OMPI) requieren de los países signatarios la adopción de una "protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la elusión de las medidas tecnológicas de protección" incorporadas por los titulares de derechos de autor sobre sus obras.

Sin embargo, la industria de los derechos de autor de Estados Unidos presionó por una protección considerablemente mayor. El resultado fue la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA), la cual fue más lejos de lo requerido por los propios Tratados sobre Derechos de Autor de la OMPI. La DMCA se ha convertido en el modelo que Estados Unidos ha adoptado para sus negociaciones comerciales imponiéndola a sus socios comerciales.

Las disposiciones sobre TPMs de la DMCA prohíben tanto los *actos* de elusión de las TPMs usados por los titulares de derechos de autor para controlar el acceso a sus obras, así como cualquier *mecanismo, servicio o tecnología* que es diseñada principalmente o de utilidad para la elusión de las TPMs. Aun cuando estas prohibiciones se ha intentado usarlas para impedir usos que no infringirían los derechos de autor que amparan las obras. Así, por ejemplo, bajo la legislación de Estados Unidos hay una excepción a los derechos de autor que permite a las personas invidentes traducir libros al sistema Braille. Bajo la DMCA, las personas invidentes ya no son capaces de ejercer tal derecho en conexión con los *e-books* que están protegidos por TPMs.

La DMCA incluye siete limitadas excepciones para ciertas actividades socialmente beneficiosas, entre las cuales se cuentan las pruebas de seguridad, la ingeniería inversa de software, la investigación en criptografía, y órdenes legales. Sin embargo, estas excepciones han demostrado su falta de adecuación práctica para proteger muchas de tales actividades legítimas. Lamentablemente, la propuesta del ALCA no incluye ni siquiera las restringidas excepciones previstas en la normativa estadounidense y prohíbe un aún más amplio rango de conductas que la propia DMCA.

C.- LOS PATROCINADORES DE LA NORMATIVA

Los titulares de derechos de autor estadounidenses han hecho un fuerte lobby por la incorporación de este tipo de disposiciones tanto en el ALCA como en los tratados bilaterales de libre comercio que los Estados Unidos han recientemente concluido con Jordania, Singapur y Chile, porque ellas proveen un incremento en el nivel de protección de sus obras más allá de los derechos de autor, con independencia respecto de las disposiciones sobre violación a los derechos de autor previstas en las diferentes leyes de cada país.

D.- EL IMPACTO PROBABLE DE AMPLIAR LA PROTECCIÓN LEGAL PARA LAS TPMs

1.- La sustitución del sistema nacional de derechos de autor.

Una amplia prohibición a la elusión de las TPMs, como la propuesta en la segunda redacción del Artículo 21 del ALCA, es probable que suplante íntegramente la legislación existente sobre derechos de autor en los Estados signatarios. En efecto, esto permite que los derechos de los titulares de derechos de autor estadounidenses triunfen sobre la soberanía nacional y las prioridades de orden público nacionales.

Una disposición similar contemplada en la legislación sobre derechos de autor estadounidense por la DMCA en 1998 ha desplazado el cuidadoso balance entre derechos públicos y privados en la legislación sobre derechos de autor de Estados Unidos creada por la legislatura y judicatura durante los últimos 130 años. Ella ha elevado el nivel de protección legal brindado al titular de derechos de autor, concediéndoles un nuevo derecho a controlar el *acceso* a, y no solamente el *uso* de, los trabajos afectos a derecho de autor. Esto ha tenido varios resultados:

- Las diversas excepciones previstas en las leyes a los derechos de autor (por ejemplo, para usos en educación, bibliotecas y agrupaciones de personas discapacitadas) en gran medida han sido pasadas por alto por la información digital tecnológicamente protegida.
- La más importante, es que ha eliminado efectivamente la habilitación para hacer un "fair use" de los trabajos digitalmente protegidos. En la legislación sobre derechos de autor de Estados Unidos, el "fair use" permite que alguien haga un razonable uso de un trabajo afecto a derechos de autor para un propósito socialmente útil, tal como la educación, la crítica o la parodia, o para un uso personal del consumidor (tal como la videograbación casera desde la televisión), sin tener que pedir previamente permiso del titular de los derechos. El "fair use" tiene por intención garantizar el acceso público a material amparado por el derecho de autor para facilitar usos productivos de la información y la libertad de expresión. La DMCA prohíbe a los consumidores de mecanismos de elusión de las TPMs hacer "fair use" de una obra digital protegida, tal como hacer copias de respaldo de una copia protegida de CD o DVD que ellos han adquirido. Además, a los vendedores de tecnología les es prohibido producir o vender tecnologías y mecanismos que los consumidores necesitan si ellos desean disfrutar de las excepciones al derecho de autor que, en caso contrario, se aplicarían a las obras digitales.

En otras palabras, los titulares de derechos de autor de Estados Unidos han usado las TPMs apoyados por la DMCA para volver a trazar el equilibrio de los derechos de autor y unilateralmente definir cuánta protección se dará a sus obras. Un resultado similar probablemente ocurriría en los países signatarios del ALCA si la segunda formulación del Artículo 21 es adoptada.

2.- Impedir el Acceso a Información

La segunda formulación del Artículo 21 podría también tener un impacto substancial en detrimento de la capacidad de educadores, estudiantes e investigadores de los países signatarios del ALCA para acceder a información y tecnología digital. El actual borrador del ALCA requiere que los países partes extiendan la protección de la propiedad intelectual a datos e información contenidos en bases de datos. Tal información es tratada como un producto susceptible de derechos de autor y progresivamente llegará a estar disponible solamente en un formato tecnológicamente protegido, las excepciones de buena fe contractual y copia personal que con antelación garantizaban acceso serán tecnológicamente suprimidas. Esto incrementará el costo de acceso a la información y, finalmente, se traducirá en el ensanchamiento del conocido abismo entre países industrializados y no.

3.- Sellado digital y transferencia neta de la riqueza hacia los titulares de derechos de autor estadounidenses

Los titulares de derechos de autor estadounidenses han utilizado las disposiciones contra mecanismos de elusión de la DMCA para obtener un monopolio sobre productos y tecnologías compatibles con sus obras. Esto tiene varias implicancias contra la competencia para los consumidores de los países signatarios del ALCA. Por ejemplo:

- **Segmentación Geográfica del Mercado:** Las industrias cinematográficas y de videojuego han usado tecnologías de "codificación regional", apoyados por la DMCA y leyes parecidas, para controlar la disponibilidad y precios de los DVD y video juegos en varias regiones geográficas. Otras industrias del derecho de autor pueden estar esperando para seguirlos, discriminando potencialmente tanto en precio y disponibilidad en contra de los consumidores en varias regiones del mundo.
- **Producto sellado:** Lexmark, el segundo gran distribuidor de impresoras en los Estados Unidos, ha usado la DMCA para obtener la prohibición de la venta de catridges de impresión Lexmark reciclados, los cuales estaban comenzando a ser vendidos a los consumidores a más bajos precios que los nuevos catridges y aquellos de la misma Lexmark vueltos a fabricar con su autorización.
- **Ataque a la Interoperatividad:** Chamberlain Group, el fabricante de un abridor electrónico de puertas de garage, ha usado la DMCA en un intento por prohibir la venta de un transmisor universal de puertas de garage importado por su principal competidor, Skylink, el cual puede ser programado para abrir las puertas de garage Chamberlain, tal como de diversas otras marcas de estas unidades.

Bajo el Artículo 21 del ALCA, los vendedores pueden evitar los negocios locales de creación de productos compatibles que pueden proveer competencia en el mercado. Los consumidores de los países signatarios del ALCA podrían ser conducidos a adquirir productos más altos, un monopolio basado en los precios. Por ejemplo, un fabricante de automóviles estadounidense podría usar las TPM, apoyado por el Artículo 21, para prohibir la venta "no autorizada" de piezas de repuesto y servicios en los Estados partes del ALCA. Para los países signatarios del ALCA que son *importadores netos* de propiedad intelectual informática y de entretenimiento estadounidense, esto podría traducirse en una *transferencia neta de riqueza* desde las economías nacionales de los Estados partes hacia los titulares de derecho de autor estadounidenses.

E.- IMPACTO ADVERSO SOBRE FINES DE ORDEN PÚBLICO

Las disposiciones contra la elusión de la DMCA han sido usadas en un modo no deseado por el Congreso de Estados Unidos para sofocar totalmente el desarrollo de actividades legítimas, en vez de parar la piratería sobre los derechos de autor. En particular, las disposiciones han tenido dos efectos negativos en importantes finalidades de orden público:

1.- El estancamiento de la Investigación Científica

Los titulares de derechos de autor estadounidenses han utilizado las disposiciones de la DMCA para congelar la libertad de expresión y la legítima investigación científica. El 2001 una organización de la industria de la música amenazó con demandar a un equipo de investigadores por infracción a la DMCA cuando ellos intentaron publicar los resultados de su investigación describiendo sus hallazgos sobre vulnerabilidades de seguridad en la tecnología de filigrana digital. El grupo de la industria de la música consideró que la información de la investigación constituía una herramienta de elusión de las TPM y su publicación infringiría la prohibición sobre la distribución de las mismas.

El efecto de estancamiento sobre la investigación y publicación científica ha sido profundo. Científicos estadounidenses y extranjeros han rehusado publicar investigaciones sobre vulnerabilidades de control de acceso, o han removido sus investigaciones ya publicadas desde Internet debido al temor de responsabilidades en relación con la DMCA. Científicos extranjeros han rehusado viajar a los Estados Unidos y varias conferencias sobre encriptación han sido trasladadas fuera de los Estados Unidos.

En concreto, hay una creciente preocupación dentro de Estados Unidos respecto del impacto de la DMCA en las investigaciones sobre seguridad informática. En octubre del 2002, el anterior consejero de Cyber Security de la Casa Blanca, Richard Clarke, admitió que la DMCA ha congelado la investigación en seguridad y llamó a reformar la DMCA. El Congreso de Estados Unidos está actualmente considerando dos propuestas que enmendarían la DMCA para permitir la elusión y el uso de técnicas de elusión para investigación científica.²

² *Digital Media Consumer Rights Act* (H.R. 107, 108th Cong.) introducida por los representantes Boucher y Doolittle; *B.A.L.A.N.C.E. Act* (H.R. 1066, 108th Cong.) introducida por el representante Lofgren.

2.- La supresión de la Innovación Tecnológica

La DMCA ha afectado adversamente el sector tecnológico estadounidense en dos sentidos. Primero, porque la DMCA define la elusión de una TPM en términos de una conducta "autorizada" por el poseedor de derechos de autor. Los titulares de derechos de autor estadounidenses han sido capaces de extender sus derechos legales de control tecnológico relacionados con sus obras sujetas a derecho de autor, tal como se ha descrito precedentemente.

En segundo lugar, la DMCA ha tenido un efecto de estancamiento sobre la capacidad de las compañías tecnológicas para desarrollar nuevos productos empleando ingeniería inversa. La ingeniería inversa es crucial para fomentar la competencia e innovación frente a las prácticas monopólicas en la industria del software. La legítima ingeniería inversa ha sido tradicionalmente permitida en las leyes sobre derechos de autor estadounidenses. Actualmente, sin embargo, las compañías ávidas de menoscabar la competencia del mercado han recurrido a las TPMs y a la DMCA en un esfuerzo por impedir la creación de innovadores productos interoperables. Por ejemplo, Sony Corporation ha usado la DMCA para demandar a los creadores de programas de software emuladores desarrollados con ingeniería reversa, los que permiten a los consumidores jugar Playstation en sus computadores, en vez de hacerlo en la consola Playstation de propiedad de Sony.

Aunque la DMCA incluye una excepción sobre ingeniería inversa, ella ha demostrado ser demasiado reducida para ayudar a quienes buscaban utilizarla. Es claro que el Congreso de Estados Unidos no pretendió que la DMCA fuera usada para obstaculizar la innovación tecnológica, pero las disposiciones son demasiado amplias para evitar su mal uso. Los países signatarios del ALCA enfrentarán los mismos problemas si la segunda redacción del Artículo 21, o una disposición similar a la prevista en la DMCA, es adoptada.

E- PRECEDENTES EN TRATADOS DE COMERCIO

Los tratados bilaterales de libre comercio que los Estados Unidos ha suscrito recientemente con Jordania (Artículo 4(13)), Singapur (Artículo 16.4(7)) y Chile (Artículo 17.7(5)) contienen disposiciones sobre TPM modeladas sobre las previstas en la DMCA. La más restrictivas de estas disposiciones se encuentran en el Tratado de Libre Comercio Estados Unidos - Singapur. El Comité Industrial Asesor sobre Propiedad Intelectual recomendó al Presidente y Representante de Comercio estadounidenses que la redacción de tal tratado debía ser incorporada en el ALCA.

Tal como actualmente se encuentra redactada, la primera formulación del Artículo 21 del ALCA normalmente refleja la obligación expuesta en los Tratados sobre Derechos de Autor de la OMPI (los cuales varios Estados del ALCA han optado por no hacerse parte), pero extiende la capacidad para usar TPMs por los dueños de los derechos de emisión. Esta formulación es consistente con los Artículos 9 y 10 de la Convención de Berna y Artículo 13 de TRIPs y permitiría a los países del sur implementar TPM en un modo que sea consecuente con las excepciones existentes en sus leyes sobre derechos de autor.

Sin embargo, la segunda redacción va más allá de ambos Tratados sobre Derecho de Autor de la OMPI y las disposiciones de la DMCA y plantea problemas similares a esta última. En ella se prohíbe los actos de elusión, con conocimiento o teniendo razonables fundamentos para saberlo y sin autorización para ello, de una medida de protección tecnológica incorporada a una obra por el titular de sus derechos. También prohíbe la fabricación y distribución de mecanismos, productos o servicios que (i) sean anunciados o comercializados con el objetivo de eludir las TPMs, (ii) tengan sólo un limitado propósito comercialmente significativo diferente al de la elusión, o (iii) sean fundamentalmente diseñados, producidos, adaptados con el fin de elusión.

A diferencia de la DMCA, el ALCA no tiene siquiera excepciones que pudieran preservar la existencia de los derechos de los consumidores y el desarrollo tecnológico de los Estados partes de él.