

## Impacto de las medidas tecnológicas de protección en el acceso al dominio público

*Impact of Technological Protection Measures in the Access to  
Public Domain*

MARÍA PAZ CANALES LOEBEL  
*Abogada Asociada, FerradaNehme*

**RESUMEN** El dominio público es la reserva natural de la cual se ha nutrido tradicionalmente la creación. El advenimiento de la «era de la información» brinda una posibilidad casi infinita de estar en contacto con obras e ideas provenientes de todos los lugares del mundo y épocas, que constituyen la más amplia base cultural que cualquier ser humano ha tenido a su disposición en todos los tiempos. Sin embargo, la propia tecnología que trae esta facilidad de acceso viene acompañada del desarrollo de dispositivos encaminados a limitarlo: son las denominadas medidas tecnológicas de protección. Las medidas tecnológicas de protección pueden dirigirse tanto a controlar el acceso a una obra, como la utilización de la misma. En ambos casos, al tratarse de un mecanismo técnico ciego a las condiciones o particularidades que rodean el intento de acceso o utilización de una obra, es incapaz de determinar si el acceso o utilización que se intenta se encuentra o no autorizado por la ley. A través de una protección jurídica amplia podría limitarse el acceso a contenidos pertenecientes al dominio público. La regulación que se desarrolle a nivel nacional debe tener en consideración estos aspectos.

**PALABRAS CLAVE** Medidas tecnológicas de protección, dominio público, excepciones y limitaciones, acceso, derecho de autor.

**ABSTRACT** Public domain is the nature reserve from which creation has traditionally nourished. The advent of the «information age» provides an almost infinite possibility to get in touch with works and ideas from different times and from all over the world. They represent the widest cultural basis that any human being has had at his disposal at any time. However, technology that provides this access comes with development of mechanisms that will limit it: these are the so-called technological protection measures. Technological protection measures can be directed towards controlling both the access to a work and the use of the same. In both cases, as a technical mechanism is blind to conditions or characteristics surrounding the attempt to access or the use of the work, it is unable to determine if the attempted access or use are authorized by law or not. Because of its wide legal protection it would limit the access to contents that are part of public domain. Regulation developed at a domestic level must have in consideration these aspects.

**KEYWORDS** Technological protection measures, public domain, exceptions and limitations, access, copyright.

### ¿CUÁL ES LA RELEVANCIA DEL DOMINIO PÚBLICO?

La capacidad de crear define la propia naturaleza humana y se encuentra indisolublemente ligada a ella. Lo mismo puede decirse de la capacidad de imitar o de valerse de lo dicho o hecho por otros para el desarrollo de las propias ideas.

Es por inspiración, imitación, repetición y perfeccionamiento de lo creado por quienes nos antecedieron que hoy somos capaces de hablar, pintar o escribir. Es el efecto multiplicador de la creación el que sirve de base y sustento a la creación futura.

En palabras de Jessica Litman:

Todo trabajo de autoría está alimentado por el trabajo de autores anteriores, y los ecos de un trabajo previo en la nueva obra se extienden más allá de las ideas y de los conceptos hacia una riqueza de detalles

expresivos. En efecto, la autoría es la transformación y recombinación de la expresión en nuevos moldes, la transformación y revisión de los detalles en nuevas formas. Lo que otros han expresado, y las maneras en que lo han hecho, son los ladrillos esenciales de todo medio creativo [...] El uso del trabajo de otros autores en el trabajo propio es inherente al proceso de autoría (1991).

En el principio de la historia, cuando la creación podía llegar a ser muchísimo más escasa que en la actualidad, el valor de ésta precisamente se medía, sobre todo, por su capacidad de influir en otros, y de generar más creación y más cultura. Para cumplir con esta función, la creación debía ser «libre como el aire» para alcanzar y nutrir a todos.

En la actualidad, vivimos inmersos en la denominada «era de la información», que nos brinda en principio una posibilidad casi infinita de estar en contacto con obras e ideas provenientes de todos los lugares del mundo y de todas las épocas, que constituyen la más amplia base cultural que cualquier ser humano ha tenido a su disposición con el fin de pensar y crear a partir de ella.

La paradoja radica, sin embargo, en que a pesar de las posibilidades infinitas que la disponibilidad de la información y el conocimiento nos ofrecen, cada vez hemos ido estrechando más el espacio del cual puede nutrirse nuestra propia creación. ¿Cuál es el origen a esta paradoja? Nada más y nada menos que aquello cuyo fin era precisamente generar los incentivos necesarios para hacer florecer la creación: la protección del derecho de autor.

Para entender como se ha producido este fenómeno volvamos un poco más atrás. El derecho de autor está constituido por el conjunto de facultades que asisten a un autor o titular por cada una de sus obras originales, literarias o artísticas y que son reconocidas por las diferentes legislaciones alrededor de todo el mundo. El fundamento y razón del reconocimiento de tales facultades es el fomento de la cultura y el conocimiento. Lo que se persigue a través del reconocimiento de las prerrogativas que confiere el derecho de autor al creador sobre su obra no es otra cosa que asegurar el incentivo a la creación.

Gracias al reconocimiento del derecho a una remuneración justa para los autores, se logra impulsar la generación de la cultura y el conocimiento en beneficio de toda la sociedad. Sin este adecuado incentivo, la

producción cultural se vería seriamente afectada, por carecer los creadores de los medios para realizar su labor, y por consiguiente se resentiría el desarrollo de las más plenas potencialidades de la humanidad.

Libertad de creación, acceso a la cultura y propiedad sobre la propia creación, son los ejes sobre los cuales se desarrolla la creación intelectual. No se puede crear si no hay libertad, si no se heredan unos conocimientos culturales derivados de la historia común, y no se crea sin el reconocimiento de la titularidad de lo creado al autor (Anguita, 2005: 66).

Por eso, una equilibrada regulación del derecho de autor atiende al balance inherente que debe existir entre estos intereses: protege tanto los intereses privados de los autores para que puedan desarrollar la explotación económica de su trabajo, como al interés de la sociedad toda de contar con acceso a la creación cultural.

Es en aras de resguardar este necesario equilibrio que la regulación de derecho de autor ha contemplado entre sus reglas una duración limitada de la protección —aun cuando los plazos son cada vez más extensos: hoy, por el efecto unificador del Convenio de Berna, alcanza en la mayor parte de las jurisdicciones a los 50 años contando desde la muerte del autor— al cabo de la cual las obras caen —o más precisamente vuelven— al dominio público, es decir, pueden ser libremente utilizadas por cualquiera, para cualquier fin, sin necesidad de autorización ni pago por su uso, sirviendo de este modo de sustento al desarrollo de la cultura y expansión de la creación.

Con el mismo fin la regulación de los derechos de autor contempla excepciones y limitaciones a éstos, es decir, situaciones en las cuales se puede utilizar una obra sin necesidad de autorización previa del titular del derecho, y sin pago previo por ello, atendidas razones de interés social. Una reglamentación como ésta se encuentra en línea con el respeto que la regulación del derecho de autor, como derecho humano,<sup>1</sup> debe tener con otros derechos fundamentales igualmente reconocidos a nivel nacional e

---

1. El reconocimiento de estos postulados es lo que llevó tempranamente a las distintas naciones a considerar el derecho de autor como un derecho humano en los instrumentos internacionales avocados al reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, tales como: el artículo 13 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 27 de la Convención Universal de Derechos Humanos; el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

internacional, como son el acceso a la cultura y la información, la libertad de expresión, la igualdad, entre otros (Torremans, 2004: 10 y ss).

Si se mira de este modo integral la regulación de derecho de autor, puede verse que la necesidad de acceso de la sociedad a las obras intelectuales, lejos de enfrentarse a los intereses de los creadores, como muchas veces se suele plantear, es sorprendentemente coincidente con ellos. Tal coincidencia se alimenta del hecho que nadie es capaz de crear en el vacío, por lo que para que la creación surja requiere de un ambiente propicio en el cual se encuentren en la mayor abundancia posible los elementos de los cuales se nutrirá la nueva obra.

Tal circunstancia determina que son precisamente los creadores los más usuarios frecuentes de obras intelectuales. Su capacidad de creación depende en gran medida de la disponibilidad de las obras, cuestión a la que contribuyen considerablemente tanto la existencia de un vasto dominio público, en el cual se encuentre a su disposición la materia prima para la creación, como de un acceso amplio y equitativo, a través de las excepciones y limitaciones al derecho de autor, a las obras que gozan aún de protección.

Para la recuperación de estos espacios de dominio público erosionados por la creciente ampliación de la protección de los derechos de autor, es que precisamente han surgido sistemas de licenciamiento alternativo como *Creative Commons*, desarrollado por Lawrence Lessig, que busca que sea el creador o titular de una obra el que defina, a través de una licencia particular, cuánto de su obra está dispuesto a poner a disposición del dominio público, reservándose algunos derechos, y no todos, como ordena la regla general del derecho de autor que rige por defecto conforme a nuestra regulación de propiedad intelectual.<sup>2</sup>

A la sociedad le interesa en igual medida garantizar a todos sus integrantes el goce de los beneficios del progreso cultural y científico, y asegurar el derecho de cada uno de participar en la vida cultural. No se trata tan sólo de asegurar un acceso pasivo de la sociedad a la cultura. Cada miembro de la sociedad también debe tener derecho a tomar prestadas ideas y algunas expresiones en función de su propia libertad fundamental para crear.

---

2. Para un análisis detallado de la expansión de esta tendencia de facilitar un acceso amplio al conocimiento a través de la generación de *commons*, véase Benkler, 2010.

Como hemos señalado, tradicionalmente la regulación del derecho de autor tiende a la consecución de estos objetivos, a través de una reglamentación que coordina y balancea estos diferentes intereses involucrados. ¿Pero qué sucede cuando progresivamente la regulación cede en favor del interés económico envuelto en la explotación de las obras intelectuales, aumentando crecientemente los plazos de protección, retardando con ello su llegada al dominio público? O lo que nos ocupa particularmente en estas líneas, ¿qué sucede cuando la posibilidad de control técnico del acceso o la utilización de las obras a través de medidas tecnológicas de protección sustituye a la regulación de propiedad intelectual?

### **LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN, SU REGULACIÓN Y PROBLEMÁTICA EN RELACIÓN AL DOMINIO PÚBLICO**

Las medidas tecnológicas de protección pueden ser definidas como toda tecnología, procedimiento, dispositivo, componente o combinación de éstos, cuya función sea la de controlar el acceso o la utilización de las obras o las prestaciones protegidas por el derecho de autor, impidiendo todos aquellos actos que no cuenten con la autorización de los titulares o de la ley. Estamos hablando, por ejemplo, de todos aquellos sistemas que han sido elaborados para impedir la copia de CD, para la encriptación de documentos que impiden el acceso a éstos sin el despliegue de la correspondiente contraseña o del sistema creado para dividir por zonas la distribución de obras en DVD o juegos de video.

La aparición de la tecnología digital<sup>3</sup> ha cambiado radicalmente la lógica de control y distribución de la propiedad intelectual, por la ingente capacidad de copia que genera, que goza de unos estándares de calidad, facilidad, economía y rapidez en su producción y distribución nunca antes vistos en el mundo analógico. La sensación de desprotección de los autores frente a tal realidad hizo que éstos buscaran en la misma tecnología las herramientas que les permitieran evitar la pérdida de control sobre sus derechos. Surgieron así las medidas tecnológicas de protección.

---

3. Por tecnología digital entendemos «el almacenamiento, reproducción y transmisión de datos, sonido, video, texto, imágenes a través de dígitos utilizando el código binario de ceros y unos» (Rodríguez, 2003: 85).

Mediante estos mecanismos tecnológicos, los autores y titulares de derechos de autor se encuentran en condiciones de controlar el acceso y la utilización de las obras conforme a las propias reglas por ellos impuestas al diseñar estos mecanismos. El problema radica precisamente en que al establecer tales mecanismos, no siempre se toman en consideración y se respetan las reglas establecidas tradicionalmente por el derecho de autor para determinar la extensión y duración de éste, haciendo desaparecer por esta vía en los hechos la vigencia de las excepciones y limitaciones reconocidas al derecho de autor y extendiendo artificialmente los plazos de protección en él contemplados.

En esta materia se ha llegado a afirmar que:

Si los autores hacen un uso excesivo de las medidas tecnológicas, las prerrogativas de la sociedad para acceder a las obras se verán seriamente afectadas. Y no son sólo esas herramientas las que, proporcionadas por la tecnología digital, rompen el equilibrio exigido. La doctrina predice también que la facilidad de contratar en Internet hará que cada uso de la obra pueda ser objeto de negociación y licencia (Rodríguez, 2003: 104).

E incluso más:

La combinación de contratos y medidas técnicas en la distribución de las obras constituye una amenaza grave para el derecho de autor como institución [...] el derecho de los contratos añadido a las medidas técnicas podrían volver obsoleta la ley sobre derecho de autor (Dusollier, Pouillet y Buydens, 2000: 17).

En efecto, las medidas tecnológicas de protección pueden dirigirse a controlar tanto el acceso a una obra como la utilización de la misma. En ambos casos, al tratarse de un mecanismo técnico ciego a las condiciones o particularidades que rodean el intento de acceso o utilización, es incapaz de determinar si ese acceso o utilización se encuentra o no autorizado por la ley.

Al respecto, resulta del caso recordar que tradicionalmente el derecho de autor no reglamenta el acceso a la información, porque controlar el acceso a las obras no forma parte de sus prerrogativas (Litman, 2006: 78-9; Bäsler, 2003: 26). Sin embargo, el advenimiento de la utilización masiva de las medidas tecnológicas de protección amenaza con extender

de facto el monopolio de los autores y titulares de derechos más allá de lo hasta ahora posible y jurídicamente aceptable (Rothchild, 2005: 500 y ss).

Al impedir el acceso a las obras se obstaculiza aquello que resulta consustancial al reconocimiento de derechos del creador, que no es otra cosa que permitir que el influjo de lo creado se extienda a toda la sociedad. Aquí no se trata de impedir la reproducción o transformación de una obra, sino lisa y llanamente se impide incluso la percepción de la misma, aun cuando ella haya sido ya publicada por su autor. Si tal situación resulta excesiva al extender las prerrogativas de los titulares de obras mucho más allá de lo reconocido y amparado por el derecho de autor, aún más aberrante resultan las consecuencias que la utilización de medidas tecnológicas de este tipo pueden tener para el dominio público.

En efecto, hasta ahora tales mecanismos no han sido desarrollados para tener en consideración la expiración de los plazos de protección del derecho de autor, de manera tal que una vez incorporados a la distribución de un obra seguirán impidiendo el acceso a éstas, aun cuando la utilización que pudiera realizarse sea absolutamente libre al encontrarse en el dominio público, como consecuencia de la expiración de su plazo de protección.

Ahora bien, en lo que dice relación a las medidas tecnológicas de protección destinadas a controlar la utilización de las obras intelectuales, al igual que acontece con aquellas que controlan el acceso, no toman en consideración las particulares circunstancias que pueden amparar la utilización libre de una obra. Éste sería el caso de la concurrencia de una excepción o limitación al derecho de autor, o la expiración del plazo de protección de la obra, momento en el cual su entrada en el dominio público permite su utilización para cualquier fin, libre y gratuitamente.

Parece ser que mediante el levantamiento de estas cercas invisibles, los titulares de obras intelectuales se han procurado la posibilidad de beneficiarse de la protección de derecho de autor más allá de los objetivos tradicionalmente planteados por éste, y sin necesidad de satisfacer los equilibrios implícitos del sistema, transformándolo lisa y llanamente en un derecho de propiedad absoluto, incluso sin consideración a su función social.

La gravedad del asunto se ve aumentada por la protección jurídica que le ha sido reconocida a las medidas tecnológicas de protección a

nivel internacional y por la inexistencia a la fecha de regulaciones que obliguen a quienes las despliegan a hacer un uso razonable de ellas e incorporar la información suficiente para los usuarios.

En efecto, como ninguna protección técnica resulta infalible, «lo que una máquina es capaz de hacer, otra lo deshace» (Garrote, 2003: 503), o lo que es equivalente, los medios que el ingenio de un sujeto logre diseñar para resguardar obras intelectuales en el entorno digital pueden ser fácilmente burlados por quienes desarrollen habilidades similares o superiores.

La constatación por parte de los autores y titulares de derechos de la incapacidad de las medidas tecnológicas de protección para ser autosuficientes y cumplir en todo evento con el objetivo de asegurar el control de las obras distribuidas digitalmente, hizo que éstos miraran nuevamente al derecho de autor en busca de protección adecuada y suficiente (Gambao, 2003: 525; Burk, 2003: 9). Para los titulares de obras intelectuales, la apelación al derecho para el resguardo de los mecanismos predispuestos para controlar las obras contra acciones de elusión de los mismos, implicaba la necesidad de una férrea protección mediante sanciones civiles y penales que castigaran tanto las conductas elusivas como aquellas desarrolladas para procurarse los medios para realizar ese tipo de actividad, sin la dificultad de tener que vincular tal elusión o el desarrollo de medios elusivos a una infracción particular a un derecho de autor.

La consecuencia de tal amplia protección jurídica de las medidas tecnológicas de protección resulta nefasta para el dominio público, ya que si una obra es acompañada en su distribución por una medida tecnológica de protección que limita su acceso o utilización en forma perpetua, aun cuando haya cesado el plazo de protección de los derechos de autor que la medida tecnológica se encontraba destinada a amparar, la valla técnica que esta implica y la protección jurídica a ella concedida, impedirán en cualquier caso la efectiva entrada de la obra en el dominio público, sin que ello sea hoy constitutivo de una infracción del derecho de autor, conforme a la actual regulación de propiedad intelectual en Chile y en el mundo.

Por otra parte, si una obra actualmente perteneciente al dominio público es acompañada de una medida tecnológica que impida su acceso o reproducción, en algunas legislaciones —como la de los Estados Unidos en la que no resulta clara la necesidad de vinculación entre la existencia

de derechos de autor vulnerados en el acto de elusión de la medida tecnológica respectiva— el acto de elusión del dispositivo por un usuario podría ser castigado aun cuando su actuar sea totalmente legal a la luz del derecho de autor (Koelman, 2001).

Pero incluso existe otro obstáculo aún más complejo de sortear para la efectiva vigencia del dominio público respecto de obras protegidas por medidas tecnológicas de protección: la imposibilidad del usuario de contar con los medios técnicos que permitan el acceso o la utilización de las obras en dominio público así protegidas, como consecuencia de la modalidad de protección adoptada en algunas jurisdicciones, que prohíbe o sanciona no sólo el acto de la elusión, sino que lo hace respecto de la producción y distribución de dispositivos que permitan tal objetivo.

En las jurisdicciones en que tal tipo de prohibición ha sido considerada (el caso más emblemático es el de los Estados Unidos, en su Digital Millennium Copyright Act, en adelante DMCA), la sanción de actividades dirigidas a producir o comercializar dispositivos o procedimientos aptos para la elusión no contempla disposiciones que garanticen el acceso o la utilización de obras protegidas por medidas tecnológicas de protección en un sinnúmero de situaciones en que tales dispositivos de elusión podrían ser utilizados con fines que no vulneran derecho de autor alguno, como sería el caso de la elusión de medidas tecnológicas de protección que resguardan obras en el dominio público o cuya utilización se encuentra autorizada por la ley, o amparadas en el ejercicio de alguna excepción o limitación de derecho de autor.

Así, se da lugar a la paradoja de encontrarse prohibida la producción y distribución de medios elusivos de medidas tecnológicas de protección, aun cuando el empleo concreto de tales medios ni siquiera sea apto para producir una infracción a algún derecho de autor, no obstante lo cual tal producción y distribución podría ser igualmente severamente sancionada, trayendo como consecuencia directa la privación general a los usuarios del dominio público de los medios para acceder a las obras a las cuales la regulación de propiedad intelectual siempre les ha garantizado libre acceso y utilización.

La cuestión de la regulación de las medidas tecnológicas de protección no se ha planteado hasta ahora desde esta perspectiva de balance, que más allá del reconocimiento de protección jurídica contra la elusión de éstas, plantee una razonable limitación a su empleo y duración de la

protección que brindan, para garantizar la vigencia de los equilibrios al interior del derecho de autor. Hasta hoy, el enfoque de la regulación jurídica que corresponde a las medidas tecnológicas de protección se ha centrado exclusivamente en la definición de la protección jurídica que debe brindarse a éstas contra su elusión. Ello se planteó por primera vez a nivel internacional en el marco de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), con ocasión de la conferencia de diciembre de 1996. En dicha oportunidad, en medio de un intenso debate acerca de los elementos claves para la regulación de la explotación de las obras intelectuales en Internet, se llegó a la constatación de la necesidad de adoptar una legislación que compatibilizara el reconocimiento y protección jurídica de las medidas tecnológicas de protección, con el respeto al sistema de excepciones y limitaciones a los derechos de autor consagradas en las distintas legislaciones nacionales y a nivel internacional. Fruto de este esfuerzo internacional de armonización nacen los denominados «tratados de internet», constituidos por el Tratado de la OMPI sobre Derecho de autor (TODA) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF),<sup>4</sup> ratificados por Chile en el 2001, y cuya entrada en vigor se registró para nuestro país el 6 de marzo y 20 de mayo de 2002, respectivamente.

Las negociaciones que condujeron a la firma de los Tratados OMPI fueron arduas.

El resultado obtenido fue un compromiso entre tres diferentes tendencias. La primera, liderada por Estados Unidos y la Unión Europea, quienes con el respaldo de sus poderosas industrias del entretenimiento (música, cine, televisión) pretendían una opción maximalista a favor de los titulares de los derechos de autor y conexos. Bajo esta primera tendencia el énfasis estaba puesto en prohibir los dispositivos que permitieran eludir las medidas tecnológicas de protección y en sancionar la acción de eludir las mismas independientemente de su propósito (Gamba, 2003: 528-9).

No obstante la similitud entre las propuestas de Estados Unidos y de la Unión Europea, ambas se diferenciaban en que en la propuesta norteamericana un fabricante de dispositivos potencialmente útiles para

---

4. En adelante en conjunto «Tratados OMPI».

la elusión de medidas tecnológicas de protección podía ser considerado responsable por dichas elusiones incluso cuando no tuviera conocimiento alguno de que dicho dispositivo pudiese ser utilizado para realizar actos de elusión. En tanto, la propuesta europea exigía el requisito de algún grado de conocimiento del fabricante del potencial infractor de los dispositivos por él elaborados (Kerr, Maurushat y Tacit, 2004: 5).

La segunda tendencia, liderada por países africanos, era una opción minimalista que pretendía respetar el *statu quo* existente hasta el momento, es decir, sólo prohibir la acción de eludir las medidas tecnológicas y siempre y cuando estuviera en directa conexión con una infracción de los derechos de autor. En esta propuesta, el efecto práctico era dejar intactas todas las modalidades de *fair use* existentes. [...] Finalmente, una tercera tendencia liderada por Japón y secundada por otros países del sudeste asiático, en la que el objetivo fundamental era evitar, a toda costa, que el énfasis se pusiera en los dispositivos capaces de eludir las medidas tecnológicas de protección. Esta propuesta respondía al interés de estos países de defender sus industrias de fabricación de equipos electrónicos, en las que son líderes mundiales (Gamboa, 2003: 529-30).

La propuesta maximalista fue derrotada, la redacción de los artículos 11 del TODA y 18 del TOIEF, resulta bastante amplia y poco exigente en su forma de implementación. En definitiva, estos tratados prescriben una protección jurídica «adecuada» de las medidas tecnológicas de protección, pero sin señalar si ella debe radicarse en el plano civil, penal, de derecho de autor u otras regulaciones. Tampoco se pronuncian acerca de las conductas que debieran sancionarse —acto de elusión personal, producción y comercialización de dispositivos y procedimientos de elusión, o ambos—, dejando esta opción a los países contratantes. Exigen la protección de las medidas tecnológicas de protección «efectivas», sin señalar lo que se entiende por dicho concepto, pero dando a entender que para poder ser objeto de protección deberían gozar de un estándar mínimo de eficacia, que les permitiera no ser eludidas accidental o fácilmente.

El primer país que acogió el llamado del TODA a proteger de manera «adecuada y efectiva» las medidas tecnológicas de protección fue Estados Unidos, a través de la DMCA, en octubre de 1998, la cual se encarga de implementar el TODA en la legislación interna de dicha nación.

La DMCA se caracteriza por su excesivo detalle y complejidad; más que establecer principios y líneas generales, describe una serie de situaciones particulares, subreglas y excepciones que demuestran la intensidad de los debates al interior del Congreso, entre titulares de derechos de autor, por un lado, y usuarios de dichos derechos, así como fabricantes de componentes electrónicos, por el otro (Gamboa, 2003: 530).

La DMCA introduce en la Copyright Act de 1976 de tres disposiciones: la sección 1201 que establece la prohibición de los actos individuales de elusión de las medidas tecnológicas de protección que controlan el acceso y/o la utilización de las obras, y la fabricación, importación, distribución y comercialización de dispositivos o procedimientos destinados a la desactivación de los controles de acceso y prevé algunas restringidas excepciones que no se condicen a las tradicionalmente reconocidas por el Copyright; la sección 1203 que se refiere a la reparación civil del daño e incluye medidas cautelares; y la sección 1204, que dispone las sanciones penales, que alcanzan incluso al millón de dólares de multa y presidio por 10 años.<sup>5</sup>

En el ámbito europeo, las disposiciones del TODA son implementadas por la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (en adelante, la Directiva).<sup>6</sup>

El artículo 6.1 de la Directiva obliga a los Estados miembros a establecer «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 este objetivo». Se prohíben ampliamente los actos de elusión de medidas tecnológicas de

---

5. La sección 1202 se encarga de implementar las obligaciones que establecen los Tratados OMPI en materia de información sobre la gestión de derechos.

6. Esta Directiva, como toda legislación comunitaria, persigue la armonización de las distintas legislaciones de los países de la Unión, a través de su transposición en cada uno de ellos, labor para la cual en este caso se previó un plazo que venció el 22 de diciembre del 2002. A la fecha de vencimiento del plazo para la implementación de la Directiva, tan solo Dinamarca y Grecia habían cumplido con su transposición. Posteriormente se han sumado Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Eslovaca y Suecia.

protección, pues al hablar de «cualquier medida tecnológica» la disposición abarca tanto aquellas medidas destinadas a controlar el acceso a las obras protegidas, como aquellas destinadas a controlar la utilización de las obras.

La disposición es muy general, por lo que serán los Estados miembros quienes decidirán el tipo de normas que utilizarán para implementar la protección exigida. Sin embargo, la Directiva requiere un cierto mínimo, pues en su artículo 8.2 le ordena a los Estados garantizar que los titulares de derechos perjudicados por una actividad ilícita puedan interponer una acción de resarcimiento de daños y perjuicios y/o solicitar medidas cautelares. Como vemos, se trata de acciones civiles que pueden ser complementadas con sanciones penales o administrativas; esto queda al arbitrio de los legisladores nacionales. Sin perjuicio de lo anterior, de la lectura de la Directiva se desprende una clara intención de que se recurra a la vía penal para sancionar estas conductas, y así lo han entendido muchos países al momento de regular.<sup>7</sup>

A nivel nacional, el Tratado de Libre Comercio (TLC) celebrado entre Chile y Estados Unidos se encargó por primera vez de delinear el marco de la regulación a que nuestro país se obligó, para implementar la protección jurídica de las medidas tecnológicas de protección.<sup>8</sup> El marco contemplado por el TLC obliga a nuestro país a que en la implementación de la protección jurídica a las medidas tecnológicas de protección, considere: i) la sanción a lo menos civil del acto de elusión de una medida tecnológica de protección, a sabiendas de que se está haciendo; y ii) la sanción civil, penal o administrativa de la fabricación, importación, distribución, venta o arriendo de dispositivos, productos o componentes o el suministro de servicios de servicios elusivos, pudiendo reservar la sanción penal sólo para el caso del desarrollo de estas conductas en forma maliciosa y con propósitos comerciales prohibidos.

De tales disposiciones, es posible concluir que el TLC permite a nuestro país diseñar una regulación que garantice la disponibilidad de dispo-

---

7. El artículo 8.1 de la Directiva habla de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, haciendo una clara referencia a la función disuasoria de la pena (cf. Garrote, 2003: 582).

8. Tratado de Libre Comercio entre Chile y los Estados Unidos de Norteamérica <[http://rc.direcon.cl/sites/rc.direcon.cl/files/bibliotecas/EU\\_Texto\\_TN\\_0104.pdf](http://rc.direcon.cl/sites/rc.direcon.cl/files/bibliotecas/EU_Texto_TN_0104.pdf)>.

sitivos y servicios potencialmente elusivos, para todos aquellos usos que pueden resultar legítimos conforme a las disposiciones del derecho de autor, lo cual resulta crucial para asegurar el ejercicio de las excepciones y limitaciones al derecho de autor, y además garantizar un adecuado acceso a las obras que, a pesar de contar con una medida tecnológica de protección, forman parte o han pasado a formar parte del dominio público, luego de la expiración de su plazo de protección.

Pese al vencimiento de los plazos contemplados en el TLC entre Chile y Estados Unidos para el establecimiento de una regulación de las medidas de protección tecnológica a nivel nacional,<sup>9</sup> el diseño y discusión de tal regulación se encuentra hasta hoy pendiente, lo cual puede verse como una oportunidad para que al momento de entrar en esta discusión pueda tenerse en consideración no solo la evolución de la protección jurídica brindada a tales dispositivos técnicos, sino que se avance a una regulación más completa que considere desde sus inicios los límites adecuados a su utilización, de modo de prevenir que ellas se constituyan en un bloqueo de acceso al dominio público u otros usos legítimos considerados parte del derecho de autor, tal como ya ha sido denunciado en otras jurisdicciones.

Examinemos brevemente en la sección siguiente los principales puntos pendientes en la regulación jurídica de las medidas tecnológicas de protección, cuya consideración para el diseño de nuestra futura legislación podrían garantizar en mejor forma el acceso al dominio público.

#### **PROBLEMÁTICAS PENDIENTES EN EL TRATAMIENTO DE LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN PARA SU COMPATIBILIZACIÓN CON EL ACCESO AL DOMINIO PÚBLICO**

Más allá de los riesgos enunciados en forma genérica en las líneas precedentes, relacionados con la posibilidad de desvinculación de las sanciones por la elusión de medidas tecnológicas de protección, con infracciones efectivas a derechos de autor vigentes, no han sido pocas las voces de alerta que se han levantado en el medio internacional acerca de los potencia-

---

9. Conforme a las disposiciones de dicho Tratado, Chile debía cumplir con la obligación de dictar regulación en la materia en el plazo de cinco años desde la entrada en vigor del TLC, plazo que se encuentra vencido desde 1 de enero de 2009.

les efectos restrictivos de la protección jurídica de las medidas tecnológicas de protección, en relación a las legítimas expectativas de los usuarios en la era digital, e incluso a la posibilidad de masificación del acceso al conocimiento a través del incremento de la penetración de Internet.

En relación a la primera de estas materias, ha sido apuntado que:

[L]a industria de contenidos digitales y *software* ha creado MTP ocultas al usuario. Vale decir, no informan al consumidor acerca de los alcances y restricciones que estas representan en términos de acceso y uso de los bienes y servicios, ni dan a conocer las herramientas disponibles para eludirlas con fines legítimos [...] Los juicios que se siguen en esta materia en los tribunales estadounidenses son numerosos y representan un difícil escenario para los países en vías de desarrollo. Si bien es cierto que en Estados Unidos hay frecuentes campañas legales y legislativas sobre el alcance de las MTP, los países de América Latina y el Caribe —que en su mayoría son importadores de equipos electrónicos, *software* y contenidos digitales— no disponen de mecanismos legales ni menos de la información necesaria para contrarrestar los efectos negativos a que podría conducir la falta de normas legales para restringir el uso de estas medidas (Díaz, 2008: 61).

En efecto, numerosas son las voces que se han alzado particularmente en los Estados Unidos y Canadá (Samuelson y Schultz, 2007), para denunciar el alcance extensivo de las medidas tecnológicas de protección en toda la gama de obras que circulan en soporte digital, sin que el hecho de su inclusión, ni las restricciones de uso que ellas implican, hayan sido siquiera informadas al consumidor que adquiere o entra en contacto con las obras distribuidas con este tipo de protección. Ello genera un severo conflicto con las prerrogativas tradicionales de los usuarios sobre las obras protegidas por derecho de autor, al limitarse una serie de acciones respecto de su contenido, las cuales hasta ahora los titulares de derechos no se encontraban en condiciones de controlar. Además genera preocupaciones en materia de interoperabilidad, seguridad y privacidad.<sup>10</sup>

Para el caso de los contenidos pertenecientes al dominio público, la inclusión de medidas tecnológicas de protección en obras en el dominio

---

10. «Implicancias de interoperabilidad, seguridad y privacidad son materias que deben ser tomadas seriamente, pero ellas también pueden y deberían ser abordadas a través de las leyes de protección a los consumidores» (Beer, 2006: 171; la traducción es nuestra).

público que circulan acompañadas de otras sujetas a protección de derecho de autor —sin que como hemos visto esto haya sido adecuadamente informado, o procurado un medio para evitar la restricción de acceso a su respecto— conlleva el riesgo de que cualquier acceso a la parte en dominio público, o bien sea imposible (por falta de herramientas de acceso), o lo que resulta peor, pueda ser sancionado como un acto de elusión a una medida tecnológica de protección.

La propuesta de quienes reportan esta tensión generada por la protección jurídica de las medidas tecnológicas de protección se encuentra básicamente en la generación de un estatuto de protección de los usuarios digitales en cuanto consumidores, para ello han surgido numerosas iniciativas en los Estados Unidos (cf. Davidson y Calandrillo, 2008: 382 y ss), sin que hasta ahora se haya tenido éxito en su incorporación, pero respecto de las cuales existe un activo movimiento, lo cual augura pronto resultados en la materia.

La segunda arista planteada respecto a la forma en la cual la protección jurídica de las medidas tecnológicas de protección puede incidir negativamente en el acceso a las obras en el dominio público, se relaciona con las características de la red Internet, principal artífice de la difusión del conocimiento en la era digital. En efecto, algunos expertos han planteado que la masificación del acceso al conocimiento a través del incremento de la penetración de Internet se ha visto detenida en aquellas jurisdicciones que han incorporado protecciones más férreas a las medidas tecnológicas de protección. Así, si se compara la penetración de la banda ancha de Canadá —que sólo sanciona actos de elusión de medidas tecnológicas de protección vinculados con la violación de derechos de autor, y no contiene prohibición o sanción para la producción o distribución de mecanismos elusivos— con la penetración de la banda ancha en países europeos o Estados Unidos que protegen ampliamente este tipo de mecanismos, puede apreciarse que la alta penetración de la banda ancha en Canadá parece estar estrechamente vinculada con la circunstancia de que ésta cuenta con una alta tasa de descargas P2P, que supera también la de tales países.<sup>11</sup>

---

11. «Comparado con la legislación implementada por otros países signatarios de los tratados OMPI, las medidas antielusión adoptadas en la ley canadiense C-60 han prohibido ciertos actos directos de piratería, pero sólo cuando la infracción de derechos de

Sobre estas materias no existen respuestas definitivas. No se trata aquí de rechazar toda protección jurídica de las medidas tecnológicas de protección, alternativa que en cualquier caso no se encuentra disponible, por nuestros compromisos internacionales adquiridos en los Tratados OMPI y TLC o con Estados Unidos. De lo que aquí se trata es precisamente de preguntarse cómo la regulación que en definitiva se adopte debe tener presente estas consideraciones para un justo balance en la normativa que no erosione el acceso al dominio público y la existencia misma de éste, tal como ha sido tradicionalmente concebido en derecho de autor, con el fin de garantizar el acceso a la cultura y el conocimiento de la sociedad toda.

---

autor en sí podría ser probada, y no permite ninguna acción en contra de la fabricación o distribución de procedimientos o herramientas destinadas a la elusión de los controles de acceso o copia dispuestos por el titular. Como ha sido explicado más arriba, la ley exige a los titulares de los contenidos determinar y monitorear las acciones de usuarios individuales que desarrollen acciones particulares, o el desarrollo de acciones de monitoreo de los prestadores de servicios o distribuidores para construir tal conocimiento. Una protección así de limitada podría ser muy ineficiente.

«La información presente respalda la hipótesis de que Canadá es líder en penetración de banda ancha, pero se encuentra atrás en la protección del derecho de autor. De hecho, estudios realizados en los Estados Unidos, Japón y Francia muestran que ambos están relacionados, los usuarios de banda ancha son mucho más propensos a descargar archivos.

«Con una tasa de penetración de banda ancha en el año 2004 (de 38%) que superó a la de los Estados Unidos y todos los países de Europa, Canadá también tenía en el mismo año la proporción más alta medida de los usuarios de P2P como porcentaje (1,2%) de la población total, distanciándose fácilmente de Estados Unidos (0,9%), Francia (0,6%), y Alemania (0,6%).

«En 1998-2003, las ventas de productos de audio (expresado en dólares constantes) cayeron al ritmo más rápido (31,4%) de cualquier país de la OCDE con excepción de Dinamarca (43%).

«Un estudio encargado por la Asociación de la Industria Discográfica de Canadá encontró que la mayoría de canadienses (22%) que compró menos música admitió que la razón principal para ello es que estaba descargándola.

«En comparación con los Estados Unidos, aproximadamente el 37% de los consumidores de música canadiense admitió en 2003 la descarga de música con el *software* de intercambio de archivos, y la cifra correspondiente de Estados Unidos fue del 18%.

«El promedio de los archivos descargados por mes en los dos países eran 67 y 26 obras por usuario. Entre las personas que grabaron discos compactos, el número per cápita en Canadá superó a los Estados Unidos tres veces» (Einhorn, 2006: 3).

**PALABRAS FINALES**

Las preocupaciones que aquí han sido enunciadas acerca del efecto de las medidas tecnológicas de protección, así como la protección jurídica de éstas, para el acceso a las obras que se encuentran en el dominio público, no deben ser minimizadas, ya que como hemos señalado es precisamente de la abundancia de obras presentes en el dominio público de lo que más frecuentemente se nutre la creación.

Asegurar el acceso efectivo al dominio público debe ser una de las preocupaciones fundamentales a la hora de diseñar la regulación nacional destinada a dar protección jurídica a las medidas tecnológicas de protección contra su elusión, protección de la cual debieran encontrarse excluidas aquellas medidas tecnológicas de protección que impidan el acceso o la utilización de obras en el dominio público, así como asegurar la disponibilidad de herramientas técnicas para efectuar tal acceso, manteniendo de esta forma el equilibrio tradicional implícito en las reglas que conforman el derecho de autor.

Si bien es posible reconocer las ventajas de las medidas tecnológicas de protección para la administración de los derechos de autor y para la lucha contra la piratería, no debe desconocerse que una protección jurídica ajena a un adecuado balance con el acceso de los usuarios a las obras en el dominio público o cuyo acceso se encuentra autorizado por la ley a través de excepciones o limitaciones, puede entrañar costos importantes porque dificultan la dispersión de conocimiento, y por esta vía el nacimiento de la innovación imitativa y gradual, aumentando los costos en que deben incurrir los usuarios para acceder a la información y conocimientos que ya son de dominio público.

**REFERENCIAS**

- LITMAN, Jessica (1991). «Copyright as Myth». *University of Pittsburgh Law Review*, 53 (1): 235-249.
- ANGUITA, Luis (2005). «Derechos fundamentales y propiedad intelectual: el acceso a la cultura». En César Iglesia Rebollo (coord.), *Propiedad intelectual, derechos fundamentales y propiedad industrial*. Madrid: Reus.
- BÄSLER, Wencke (2003). «Technological Protection Measures in the Uni-

- ted States, the European Union and Germany: How Much Fair Use Do We Need in the 'Digital World?». *Virginia Journal of Law & Technology*, 8 (13). Disponible en <[http://www.vjolt.net/vol8/issue3/v8i3\\_a13-Baesler.pdf](http://www.vjolt.net/vol8/issue3/v8i3_a13-Baesler.pdf)>.
- BEER, Jeremy (2006). «Locks & Levies». *Denver University Law Review*, 84 (1): 143-180. Disponible en <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=952128](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=952128)>.
- BENKLER, Yochai (2010). «The Idea of Access to Knowledge and the Information Commons». En *Access to Knowledge in the Age of Intellectual Property*. Nueva York: Zone Books. Disponible en <[http://www.soros.org/initiatives/information/focus/access/articles\\_publications/publications/age-of-intellectual-property-20101110/age-of-intellectual-property-20101110.pdf](http://www.soros.org/initiatives/information/focus/access/articles_publications/publications/age-of-intellectual-property-20101110/age-of-intellectual-property-20101110.pdf)>.
- BURK, Dan (2003). «Anti-Circumvention Misuse». *Minnesota Public Law Research Paper*, 02-10. Disponible en <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=320961](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=320961)>.
- DAVIDSON, Ewa y Steve CALANDRILLO (2008). «The Dangers of the Digital Millennium Copyright Act: Much Ado about Nothing?» *William & Mary Law Review*, 50 (2). Disponible en <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1262042](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1262042)>.
- DÍAZ, Álvaro (2008). *América Latina y el Caribe: La propiedad intelectual después de los tratados de libre comercio*. Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
- DUSOLLIER, Séverine, Yves POULLET y Mireile BUYDENS (2000). «Derecho de autor y acceso a la información en el entorno numérico». *Boletín de Derecho de Autor*, 24 (4). Disponible en <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001238/123894so.pdf#page=4>>.
- EINHORN, Michael (2006). «Canadian Quandary: Digital Rights Management, Access Protection, and Free Markets». *Progress on Point*, 13. Disponible en <[http://www.pff.org/issues-pubs/pops/pop13.12can\\_quan.pdf](http://www.pff.org/issues-pubs/pops/pop13.12can_quan.pdf)>.
- GAMBOA, Javier (2003). «Marco jurídico de las medidas tecnológicas para la protección de los derechos de autor en el entorno digital». En Grupo de Estudios en Internet, Comercio Electrónico y Telecomunicaciones e Informática (ed.), *Derecho de Internet y telecomunicaciones*. Bogotá: Editorial Legis.
- GARROTE, Ignacio (2003). *El derecho de autor en internet. Los Tratados*

- de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE*. Granada: Comares.
- KERR, Ian, Alana MAURUSHAT y Christian TACIT (2004). «Technical Protection Measures: Part II. The legal protection of TPMs». Department of Canadian Heritage, Copyright Policy Branch. Disponible en <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=705081](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=705081)>.
- KOELMAN, Kamiel (2001). «The protection of technological measures vs. the copyright limitations». ALAI Congress Adjuncts and Alternatives for Copyright, Nueva York. Disponible en <<http://www.ivir.nl/publications/koelman/alaiNY.html#Ref10>>.
- LITMAN, Jessica (2006). *Digital Copyright*. Nueva York: Prometheus Books.
- RODRÍGUEZ, Sofía (2003). *Excepciones y limitaciones al derecho de autor en el ciberespacio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ROTHCHILD, John (2005). «Economic Analysis of Technological Protection Measures». *Oregon Law Review*, 84. Disponible en <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=742864](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=742864)>.
- SAMUELSON, Pamela y Jason SCHULTZ. «Should Copyright Owners Have to Give Notice of their Use of Technical Protection Measures?» *Berkeley Public Law Research Paper*, 6. Disponible en <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1058561](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1058561)>.
- TORREMANS, Paul (2004). «Copyright as a Human Right». En *Copyright and Human Rights*. La Haya: Kluwer Law Internacional.

#### **SOBRE LA AUTORA**

MARÍA PAZ CANALES LOEBEL es abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Asociada en FerradaNehme Abogados. Su correo electrónico es <[mpcanales@gmail.com](mailto:mpcanales@gmail.com)>.

Este trabajo fue recibido el 30 de noviembre de 2010 y aprobado el 31 de mayo de 2011.

