

Juan Carlos Lara & Francisco Vera

Medidas tecnológicas de protección de derechos de propiedad intelectual: desafíos regulatorios en Chile

ONG Derechos Digitales:

Organización No Gubernamental (ONG) fundada en el año 2005, cuya misión es la defensa, promoción y desarrollo de los derechos fundamentales en el entorno digital desde el interés público. Entre sus principales ejes de interés, están la libertad de expresión, los derechos de autor y la privacidad.

Diseño y diagramación: Estudio Navaja

Corrección: Paz Peña

(cc) Algunos derechos reservados.

Esta publicación está disponible bajo Licencia Creative Commons 3.0 Atribución - Compartir Igual. Ud puede copiar, distribuir, exhibir y ejecutar la obra; hacer obras derivadas; y hacer uso comercial de la obra. Ud. debe darle crédito a los autores originales de la obra, y en caso de hacer obras derivadas, utilizar para ellas una licencia idéntica a esta. El texto íntegro de la licencia puede ser obtenido en: <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/cl>

© ONG Derechos Digitales

Diagonal Paraguay 458 Piso 2, Santiago de Chile

CP 8330031.

+56 22 6323660

<http://derechosdigitales.org>

info@derechosdigitales.org

Medidas tecnológicas de protección de derechos de propiedad intelectual: desafíos regulatorios en Chile

Policy paper

ONG Derechos Digitales

Introducción

Nuestro país debe incorporar en su legislación interna el compromiso de regular las ampliamente criticadas medidas tecnológicas de protección para dar cumplimiento a la obligación asumida en el TLC suscrito con Estados Unidos. Teniendo esto presente, se identificarán y sistematizarán las opiniones de los diversos actores interesados, las propuestas regulatorias existentes o en elaboración y su adecuación o no con estándares mínimos de protección de los derechos fundamentales involucrados.

I. Medidas tecnológicas de protección: definición y tipos de medidas.

Podemos definir a las medidas tecnológicas de protección de derechos de propiedad intelectual como “toda tecnología, procedimiento, dispositivo, componente o combinación de éstos, cuya función sea la de controlar el acceso o la utilización de las obras y/o prestaciones protegidas por el Derecho de Autor, impidiendo todos aquellos actos que no cuenten con la autorización de los titulares de derechos de las obras y/o prestaciones correspondientes o de la ley”¹. La definición es inclusiva de las distintas formas de ejercer control sobre los actos del usuario de una obra protegida. Será el caso de medidas tales como la encriptación de información para que mediante el ingreso de una “llave” pueda bien accederse a ella o ser permitida su copia.

Dentro de las medidas tecnológicas de protección, las de mayor importancia hoy en día son los sistemas digitales de gestión de derechos (*digital rights management*, DRM), que aprovechan la propia tecnología digital para la inserción de medidas que restrinjan el aprovechamiento del ejemplar de una obra o reúnan o provean datos sobre la misma. No están necesariamente dirigidas a impedir el acceso o el copiado, sino que tienden, en términos más amplios, a limitar el aprovechamiento de una obra, sea mediante su acceso, copia u otra interacción con la obra, a las condiciones dispuestas por los titulares de derechos, además de identificar a la obra y posiblemente a su destinatario.

Puesto que la naturaleza técnica de las medidas varía en la medida en que

.....
I CANALES, María Paz y SOFFIA, María del Pilar. “La regulación de las medidas tecnológicas de protección de los derechos de autor y el dilema del acceso a la cultura. ¿Dónde ubicamos el justo equilibrio?” En: *Acceso a la cultura y derechos de autor* (ed: Alberto Cerda). ONG Derechos Digitales, Santiago de Chile, 2008.

exista innovación, su análisis y su regulación no se detienen en formas específicas de medidas, sino que se dirigen hacia su existencia como mecanismos “efectivos” de restricción en el uso de una obra o de su soporte.

Las clases de medidas tecnológicas de protección de derechos de propiedad intelectual, dependiendo de la función que cumplen, pueden ser²:

1. Medidas destinadas a impedir o restringir el acceso a las obras, por ejemplo sistemas de encriptación, firmas digitales, etc.;
2. Medidas destinadas a impedir o restringir usos susceptibles de vulnerar derechos de autor o conexos, tales como los sistemas anticopia;
3. Medidas destinadas a identificar o marcar obras, y a recolectar información sobre su uso, como los sistemas de marcas de agua y *fingerprinting*;
4. Medidas destinadas a permitir la gestión electrónica de los derechos de autor y afines, pudiendo englobar a las técnicas antes mencionadas.

II. Relación entre Derechos de Autor y Medidas Tecnológicas de Protección.

Protección legal de las medidas tecnológicas de protección

La relación entre las industrias de contenido y las tecnologías ha sido contenciosa a lo largo de la historia, como ha sido ampliamente documentado. Esto, porque los avances tecnológicos han permitido que no solamente los productores o comercializadores de contenido sean capaces de proveer contenidos, sino que también el público, aun si no es con fines de comercializar copias no autorizadas en perjuicio de los productores. En tal sentido se han llevado adelante numerosas campañas tales como “Home Taping Is Killing Music (and it’s illegal)”, la equiparación del videograbador casero con “el estrangulador de Boston” para la industria cinematográfica por parte del presidente de la MPAA en la década de 1980, o la sola idea de “piratería” con que se asocia a la reproducción no autorizada a gran escala de obras o prestaciones protegidas.

Si bien han existido mecanismos para diferenciar las copias lícitas de las ilícitas aun en el mercado analógico (mediante sellos de difícil falsificación, numeración de ejemplares, etc.), la masificación de tecnologías digitales para el despliegue de contenidos protegidos (como imágenes, música, material audiovisual, programas computacionales), y la universalización de Internet como plataforma para el intercambio de contenidos, permitieron el nacimiento de iniciativas más

.....

2 XALABARDER, Raquel. “Infracciones de propiedad intelectual y la Digital Millennium Copyright Act”. Ponencia en Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios en Internet. Barcelona, 22-23 de noviembre de 2001.

avanzadas para el desarrollo de barreras técnicas al acceso o uso de obras protegidas. En otras palabras, a medida que han avanzado las tecnologías de copiado y de distribución de contenidos, los titulares de derechos de autor se fueron volviendo hacia las mismas tecnologías para evitar la pérdida de control sobre los actos de utilización de una obra y la “amenaza” digital, pérdida de control que no era contenida por la presencia de regulación a nivel legal.

A su vez, los interesados en el acceso, por motivos tan distantes como la educación, el activismo, la explotación comercial o el simple entretenimiento, desarrollaron medidas y herramientas que permitían transgredir las medidas tecnológicas de protección, y a intercambiar tales mecanismos o la información para su funcionamiento. En consecuencia, las medidas tecnológicas demostraron su ineffectividad para prevenir usos no autorizados por los titulares de derechos.

La reacción a esta vulneración de los mecanismos implantados no fue inmediatamente su desuso, fue la búsqueda de una capa adicional de protección, esta vez ya no a los derechos de autor y conexos, sino también a los mecanismos tecnológicos que sujetan al propietario del soporte de una obra a la voluntad del titular de derechos para el acceso o uso de esa obra. Esa capa de protección había de ser legal. La idea subyacente es que la protección de las medidas tecnológicas de protección es necesaria para una correcta gestión de los derechos de propiedad intelectual en la sociedad de la información, y en consecuencia para el desarrollo económico fundado en la creación. En consecuencia, como se ha argumentado, no basta con construir un cercado tecnológico alrededor de las creaciones, sino que es también necesario electrificarlo³. A nivel nacional e internacional, fueron creándose nuevas normas dirigidas a penalizar la elusión de las medidas tecnológicas de protección, además de penalizar la creación y el intercambio de los mecanismos de elusión.

Normas internacionales

La Conferencia Diplomática de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) de 1996 hizo eco de las demandas de los titulares de derechos, en el contexto de la negociación y redacción de nuevos tratados capaces de hacerse cargo de las problemáticas planteadas por la proliferación de las tecnologías digitales. La procedencia de las medidas tecnológicas de protección, así como también la protección de tales medidas contra aquellos actos que pudieran vulnerar sus mecanismos de funcionamiento, tuvieron un primer reconocimiento normativo con la suscripción de dos tratados internacionales en el seno de dicha conferencia, conocidos como “tratados Internet”. Estos son el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA o WCT por sus siglas en

.....

3 DUSOLLIER, Séverine. “Electrifying the Fence: The Legal Protection of Technological measures for Protecting Copyright”. *European Intellectual Property Review*, Vol. 21, No. 6, June 1999, pp. 285-297.

inglés) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación y Ejecución y Fonogramas (TOIEF o WPPT por sus siglas en inglés).

En materia de medidas tecnológicas de protección, los tratados dan cobertura en los artículos II del TODA y I8 del TOIEF. Dichos artículos prescriben la obligación de los Estados contratantes de proporcionar protección jurídica adecuada, y sanciones jurídicas eficaces, contra la acción de elusión de medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores, intérpretes o productores, en relación con derechos reconocidos por el TODA o el Convenio de Berna, y que respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los titulares de los derechos o permitidos por la ley (mediante excepciones y limitaciones).

Las flexibilidades han dado lugar a implementaciones distintas, como ha ocurrido en los EE.UU con la *Federal Telecommunication Act* de 1996 y especialmente con la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) de 1998, seguida por legislaciones similares promulgadas en Europa y Japón. Con posterioridad se han registrado iniciativas sistemáticas para la armonización internacional de estas normas, que en América Latina y el Caribe se manifiestan en los tratados de libre comercio suscritos con Estados Unidos.

Las variantes posibles en las opciones de regulación⁴ corresponden a:

- **Materia:** Si se protegen las medidas tecnológicas de protección que controlan el acceso a una obra de forma independiente, o si se requiere que estén asociadas a una infracción de derechos de autor; y además, si se protegen las medidas que controlan los usos de las obras.
- **Alcance:** Si se sancionan los actos de elusión, o si se sancionan los actos preparatorios tales como la producción y comercialización de mecanismos de elusión, o si se sancionan ambas clases de conductas.
- **Sanciones:** Si se establecen sanciones civiles, penales o administrativas, y en asociación a cuáles actos.
- **Excepciones:** Si se establecen mecanismos de exención de responsabilidad para los casos de elusión para fines cubiertos por excepciones y limitaciones comunes, y si se establecen excepciones especiales para la elusión de medidas tecnológicas de protección.

Dentro de esas variantes, la primera pone de relieve la importancia de la regulación, en tanto la protección excesiva de las medidas tecnológicas de protección, aun sin relación con la infracción de derechos de autor (esto es, aun si impidieran acceso para usos lícitos u obras no protegidas), crea a favor de los titulares que hacen uso de estas medidas una facultad legalmente protegida de sujetar

.....

4 Examinaremos con más detalle tales variantes en reglas extranjeras a propósito de la necesidad de regulación en Chile.

a los usuarios a sus propias condiciones para acceder a una obra, esto es, un “derecho de acceso”. El acceso a la obra se supedita a la voluntad del titular de derechos, siendo imposible hacer usos incluso lícitos sobre una obra si no existen salvaguardas legales que permitan soslayar las medidas tecnológicas de protección. A esto se suman las reglas impuestas por los titulares de derechos, especialmente en el caso de los contenidos cuyo acceso se obtiene y transa a través de redes digitales, puesto que el acceso que se controla a través de los mecanismos técnicos y legales, podrá ser explotado por los titulares en las condiciones contractuales y económicas fijadas por estos.

III. Regulación en Chile: estado actual y obligaciones internacionales.

Los Tratados Internet de la OMPI se encuentran en vigor en Chile desde el año 2002. Como indicáramos, tales tratados exigen “protección jurídica *adecuada* y recursos jurídicos *efectivos* contra la acción de eludir las medidas tecnológicas *efectivas*” usadas por autores, artistas o productores para restringir actos no autorizados sobre sus obras o prestaciones protegidas (Art. II. TODA y Art. I8 TOIEF; el destacado es nuestro).

Estando pendiente la implementación en específico de normas sobre medidas tecnológicas de protección, se negoció el Tratado de Libre Comercio entre Chile y EE. UU. que pretendía establecer reglas comunes, entre otros, en materia de propiedad intelectual. Al tratar esta materia, se mantuvo a la vista el expediente de la entonces más reciente reforma a la legislación de derechos autorales estadounidense, la DMCA. El TLC Chile-EE. UU., firmado a mediados de 2003 y plenamente vigente desde 2004, contempla provisiones sobre medidas tecnológicas de protección que van más allá de ADPIC y los tratados OMPI.

Fijando exigencias sobre puntos ya cubiertos en los EE. UU. por la DMCA, y con alto grado de detalle (aunque no sin cierta flexibilidad), el TLC entre Chile y EE. UU. exige reglas internas que establezcan:

- Responsabilidad civil, y en ciertos casos penal, contra quien elude a sabiendas una medida tecnológica efectiva que controle el acceso a una obra. Es facultativo establecer responsabilidad civil o penal por elusión de MTP que proteja derechos pero no controle el acceso.
- Medidas administrativas y civiles, y penales en caso de ánimo de lucro, contra los actos (fabricación, importación, distribución, venta o arriendo) relacionados con dispositivos (i) ofrecidos para la elusión, (ii) que no tengan otro uso comercialmente significativo que la elusión, o (iii) creados para permitir o facilitar la elusión.
- De manera facultativa, excepciones a las reglas sobre responsabilidad, que deben ceñirse a los casos especiales que el propio tratado se encarga de delimitar, distinguiendo en qué casos de elusión pueden efectivamente aplicarse tales excepciones eventuales.

Legislación nacional

El marco dispuesto tanto por los Tratados Internet de la OMPI como por el TLC con los EE. UU. fija condiciones múltiples y específicas para la penalización de conductas relacionadas con la elusión de medidas tecnológicas de protección de derechos de autor y conexos. No obstante, los compromisos de Chile adquiridos con esos tratados están en el peor de los casos incumplidos, y en el mejor de los casos insuficientemente cubiertos. Esto obliga a realizar reformas legales, pero ello también significa una oportunidad de actualizar la ley en un sentido más tendiente al equilibrio de intereses.

IV. Posiciones doctrinarias y de la sociedad civil frente a las obligaciones internacionales adquiridas por Chile.

La necesidad de regulación

De manera específica, el TLC con los EE. UU. exige la implementación de responsabilidad civil, y “en circunstancias apropiadas” responsabilidad penal o a lo menos un agravante penal, por elusión de medidas técnicas que controlen el acceso a una obra. Surge entonces la pregunta sobre la necesidad de implementación en este punto, en relación con aquellos actos que ya se encuentran afectos a responsabilidad civil y penal dentro de la normativa vigente.

- Desde un primer punto de vista, la ley chilena ya establece esa responsabilidad, por lo que no cabría una nueva modificación legal para dar por cumplida la obligación del Estado chileno. Puesto que los tratados internacionales en cuestión no establecen una obligación de regulación especialmente dedicada, sino el establecimiento de responsabilidad, existe cumplimiento mientras existan normas aplicables en el sentido dispuesto por los tratados. Esta argumentación se basa en la categorización como falta o simple delito de los actos no autorizados por los titulares de derechos de autor (Art. 79 letra a) LPI) o conexos (Art. 79 letra b) LPI). De este modo, la responsabilidad penal ya está establecida. Asimismo, y puesto que la responsabilidad civil extracontractual tiene entre sus requisitos la existencia de un acto ilícito, la infracción de derechos de autor o conexos serviría como antecedente para establecer esa responsabilidad.

Como un argumento secundario, es posible sostener que los actos de elusión sobre la tecnología, dispositivo o componente en que consista la medida de protección, constituiría un acto punido por la Ley 19.223 sobre delitos informáticos, de forma independiente a los actos que pudieren infringir derechos de autor o conexos. Esto es consecuencia, en parte, del lenguaje amplio que utiliza la ley sobre delitos informáticos, sancionando actos de “sabotaje informático” que van desde la inutilización de programas hasta la destrucción de *hardware*.

Es más: la inhabilitación de sistemas computacionales de control de acceso

propios de los sistemas de gestión digital de derechos, por ejemplo, mediante la adaptación de un programa, puede implicar actos ya castigados mediante las reglas actualmente vigentes de derechos de autor. El literal b) del artículo 71 Ñ de la Ley sobre Propiedad Intelectual introdujo, como excepción a los derechos exclusivos de autor sobre un programa computacional, la autorización a realizar actividades de ingeniería inversa con fines de lograr compatibilidad o de investigación, lo que podrá incluir tanto la reproducción como la adaptación de programas computacionales protegidos (y eventualmente su distribución o comunicación en ámbitos de investigación y desarrollo). Pero la nueva excepción explícitamente excluye de la autorización legal que la información extraída de este modo sea utilizada “para producir o comercializar un programa computacional similar que atente contra la presente ley o para cualquier otro acto que infrinja los derechos de autor”. En otras palabras, el acto de elusión, o de facilitamiento de sus mecanismos (especialmente si es tendiente a la infracción de derechos de propiedad intelectual), podría constituir una infracción de derechos de autor, sancionable de forma independiente y haciendo procedentes las reglas generales de responsabilidad civil. Más allá del nivel de especificidad o completitud de la norma, o de su campo limitado de aplicabilidad, o de la titularidad de los derechos vulnerados, se trata de un argumento de texto legal favorable a la consideración de la ley chilena como consistente con las obligaciones internacionales en la materia.

- Desde un punto de vista por completo opuesto, la implementación mediante una reforma legal es necesaria para dar por cumplida la obligación del Estado chileno. La normativa actual, aun si se aceptara la idea de existencia de responsabilidad, sería insuficiente para cubrir los distintos requisitos del TLC con EE. UU.. Siguiendo esta perspectiva, se considera que, a partir del texto vigente, es imposible interpretar una consagración expresa como conducta ilícita en la elusión de medidas tecnológicas de protección, cuando dicho acto de elusión de la medida no conlleve necesariamente el acto ilícito de infracción de derechos de autor o conexos o de acceso no autorizado, relación necesaria que sirve como justificación al establecimiento de tales delitos. Por lo demás, son esas las conductas que *deben* significar responsabilidad: aquellos actos de elusión de medidas que permitan el acceso a una obra o material protegido o su uso no autorizado.

A lo anterior se suma como argumento la búsqueda de equilibrio, tendiente a la construcción de normas que hagan lícita la conducta de elusión en ciertas circunstancias. Esto es, establecida que sea la responsabilidad por la elusión de medidas de protección, será posible construir un estatuto con exenciones de esa responsabilidad, por ejemplo, para realizar actos amparados por excepciones y limitaciones a derechos de autor y conexos. Si bien las normas que establecen estos últimos derechos pudieran entenderse como exculpantes, un estatuto que construya tanto las conductas sancionadas, como los casos

en que no existe sanción, permite asimismo construir un sistema de sanción por el establecimiento de medidas tecnológicas de protección que impidan el acceso o uso de obras de dominio público o hagan imposible el ejercicio de una excepción legal u otro acto lícito.

Finalmente, existen en curso iniciativas dentro del Gobierno de Chile tendientes al esbozo de un proyecto de ley en esta materia. Sumado esto a la declaración hecha por los representantes del Estado de Chile en el sentido de que habrá regulación legal especial de las medidas tecnológicas de protección (declarada, por ejemplo, en respuesta a los estudios del Grupo de Expertos de Propiedad Intelectual del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico), es visible un reconocimiento formal de la falta de reglas suficientes en esta materia que hacen necesaria una nueva iniciativa de ley.

Los aspectos a cubrir por una regulación de medidas tecnológicas en Chile.

I. La definición de las medidas objeto de protección

Siendo el TLC con EE. UU. la fuente de regulación que más detalladamente aborda las normas a establecer en materia de medidas tecnológicas de protección, no es extraño que dicho tratado entregue su propia definición de estas medidas. En tal sentido, el tratado utiliza el concepto de “medidas tecnológicas efectivas”, declarando (Capítulo 17, Art. 17.5.f): “medida tecnológica efectiva significa cualquier tecnología, dispositivo o componente que, en el curso normal de su operación, controle el acceso a una obra, interpretación o ejecución, fonograma, u otro material protegido, o proteja un derecho de autor u otros derechos conexos y que no pueden, de manera usual, ser eludidos accidentalmente”.

El punto no es baladí, en el entendido de que una correcta atención normativa sobre el objeto de protección y regulación es necesaria para establecer el campo de acción de las normas. No obstante, la definición entregada por el tratado no es objeto de implementación, sino que es parte de las definiciones propias del texto del acuerdo. De cualquier manera, y aun adoptando directamente el lenguaje del TLC, es relevante mantener en cuenta que el tratado apunta a la protección de las “medidas tecnológicas efectivas que sean *utilizadas por los autores, artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas en relación con el ejercicio de sus derechos*” (destacado nuestro), esto es, la protección es exigida de implementar solamente allí donde sean tales personas o sus sucesores⁵ quienes han dispuesto los dispositivos.

.....

5 La extensión de la protección a los derechohabientes distintos de los titulares originarios no forma parte del TLC, pero es una regla universalmente aceptada en concordancia con el Convenio de Berna (Art. 2.6).

2. La “efectividad” de las medidas tecnológicas

El punto relativo a la efectividad es todavía de difícil solución en caso de implementación. En principio, la efectividad de la medida es condición necesaria para que su elusión no conlleve responsabilidad. El lenguaje de los distintos tratados que se refieren a “medidas tecnológicas efectivas” de control de acceso o de utilización de una obra sugiere que la responsabilidad esté unida a la elusión de mecanismos con cierto nivel de eficacia, sin que esté resuelto de forma unívoca en qué consiste esa efectividad. Así también parece darlo a entender la definición de medida tecnológica efectiva del TLC, que al respecto las reconoce entre las que “no pueden, de manera usual, ser eludid[a]s accidentalmente”.

De este modo, la regulación chilena no podría eludir ni excluir el punto de regular sobre medidas “efectivas” (como lo hacen escasas leyes, tales como la japonesa). Resta determinar si la ley chilena debiera hacerse cargo de describir en la ley, de forma neutral ante las tecnologías existentes y por inventar, en qué consiste dicha efectividad o qué criterios o parámetros seguir al respecto, o bien si debiera dejar la determinación del carácter de “efectivo” al desarrollo jurisprudencial y doctrinario.

El lenguaje utilizado por la Directiva de la Unión Europea sobre Derechos de Autor es en general ambiguo, y aborda el problema mediante la referencia a los tipos de medidas que se protegen al definir el concepto de medidas efectivas. Los países que siguen de cerca el lenguaje de la directiva, como Alemania y el Reino Unido, no clarifican el concepto. Sí lo intentan las leyes de Holanda⁶ y Hungría⁷, estableciendo definiciones o descripciones, y no así criterios que permitan dilucidar de mejor forma el concepto que en aquellos países que carecen de ese nivel de pretensión legal.

La DMCA, en tanto, deja el criterio de efectividad mayormente a la interpretación jurisprudencial, desarrollo que tiene pleno sentido atendido el sentido vinculante de la jurisprudencia en los Estados Unidos. Establece en su texto (Copyright Act Sec. 1201(b)(2)(B)) que una medida protege efectivamente un derecho “si la medida, en el curso ordinario de su operación, previene, restringe o limita de otro modo el ejercicio de un derecho de un titular de derechos”.

.....

6 El Art. 29a(l) de la ley holandesa de derecho de autor establece que la medida tecnológica es efectiva “si el uso de una obra protegida del autor ... es controlada mediante un control de acceso o la aplicación de un proceso de protección ... que logre la protección buscada”.

7 El Art. 95(2) de la ley húngara de derecho de autor establece que una medida se considera efectiva “si como resultado de su aplicación la obra se vuelve accesible al usuario mediante la ejecución de ciertos actos –con la autorización del autor– según lo requiera la aplicación del procedimiento o la provisión del código necesario”.

Es dudoso que la presencia o ausencia de la exigencia de efectividad de la medida sea determinante para la protección legal de las mismas. De esta forma, y sin perjuicio de la eventual inclusión del concepto de “efectivas” para calificar a las medidas tecnológicas objeto de protección en la legislación chilena, carece de sentido, carece de sentido intentar una definición legal.

3. La “elusión”

La definición de “elusión”, la conducta misma que se prohíbe y sanciona, no es parte de los tratados Internet de la OMPI, ni de la Directiva sobre Derechos de Autor en Europa. En los Estados Unidos, la DMCA (Copyright Act Sec. 1201(b) (2)(B)), en tanto, define la conducta desde una perspectiva funcional: “‘eludir la protección entregada por una medida tecnológica’ significa evitar, evadir, remover, desactivar, o afectar de otro modo una medida tecnológica”. En tal sentido, en la medida que se produzca el resultado de la elusión de la medida, la conducta estará sancionada. Tiene sentido ese enfoque si asumimos que la forma misma de la medida no puede ser abordada por la ley, en la medida dicha definición pudiera quedar obsoleta por el avance tecnológico; no obstante, nos inclinamos por una asignación de responsabilidad hacia el acto de elusión hecho con el objetivo de acceder o usar una obra, sin autorización del titular de derechos ni de la ley.

4. Alcance de la protección: medidas de control de acceso y de control de copia

Tanto el TLC con EE. UU. como los Tratados Internet de la OMPI establecen la necesidad de protección para las medidas tecnológicas *efectivas* que se utilicen para impedir actos no autorizados sobre material protegido por derechos de autor y conexos. No obstante, los Tratados Internet de la OMPI no la distinción que sí hacen el TLC y varios otros cuerpos normativos en derecho comparado, que distinguen entre aquellas medidas que controlan el acceso a una obra, de aquellas destinadas a impedir ciertos usos relacionados con los derechos de autor sobre esas obras, más conocidos como controles de copia.

De modo comparado, y a diferencia del TLC y la DMCA, la Directiva Europea sobre Derechos de Autor (2001/29/CE) establece no solamente responsabilidad por la elusión de dispositivos de control de acceso, sino también de elusión de medidas que controlen el copiado. Esto no es producto de una regulación diferenciada, sino que la Directiva hace la distinción a pesar de aplicar el mismo lenguaje a todas las medidas. Esa regulación igualitaria es la implementada en países como el Reino Unido y Alemania.

Otros países han decidido hacer la diferenciación entre controles de acceso y de copiado. La ley finlandesa y la danesa, como ejemplo, excluyen del lenguaje de protección a las tecnologías del acceso. Subyace a esta exclusión la idea de que penalizar el control de acceso podría llevar a castigar conductas que no

estén necesariamente reñidas con los derechos de autor en sí mismas ni en el objetivo buscado (el acceso).

Caso opuesto es el de los Estados Unidos. La diferenciación que hace la DMCA está en la penalización dependiendo si la elusión se refiere a tecnologías de acceso al material protegido, o si se trata de medidas que impidan o controlen otros usos, vinculados fundamentalmente a derechos exclusivos tales como el de reproducción. Pero a diferencia de lo que ocurre con los países donde se penaliza la elusión de los controles de copiado, la DMCA prohíbe la elusión de las medidas que controlen el acceso a una obra, sin penalizar la elusión de controles de copiado. Sí son objeto igualitario de protección respecto de los actos de tráfico de dispositivos de elusión. Ese modelo es el seguido consecuentemente en el lenguaje del TLC con Chile, que llevaría a una forma de implementación de los Tratados Internet de la OMPI dentro de márgenes mucho más estrechos y definidos.

5. Elusión e infracción de derechos de autor

En lo que respecta a la conducta elusiva como objeto de sanción, es necesario hacer una distinción adicional a la diferencia entre medidas de control de acceso y de copia. Desde el punto de vista de técnica legislativa, es posible distinguir si la conducta sancionada es la elusión de un control sea cual sea la conducta controlada y aun si esa conducta secundaria no se realiza, o bien si la sanción de la elusión se supedita a la contravención de derechos de autor. En tal sentido, los Tratados Internet de la OMPI exigen protección allí donde las medidas tecnológicas restrinjan usos no autorizados por los titulares de derechos ni por la ley.

La Directiva de la Unión Europea, a su vez, prohíbe todo acto de elusión no autorizado por los titulares de derecho, incluso –aparentemente– allí donde la tecnología impida actos autorizados por la ley local. Así, deja de importar si una conducta de elusión conlleva una de infracción de derechos de autor, al menos en el texto de la Directiva.

Un ejemplo más cercano para fines de comparación está en Colombia. El Acuerdo de Promoción Comercial suscrito recientemente entre Colombia y EE. UU., en términos bastante similares a los del TLC entre este último país y Chile, estableció normas a implementar sobre regulación de medidas tecnológicas de protección⁸, como ocurrió con la Ley 1520 de 13 de abril de 2012, conocida

.....

8 El APC Colombia-EE. UU. no dista en lo sustancial del TLC suscrito por Chile. Es posible detectar diferencias en estas materias, por ejemplo, en que este último TLC dispone la facultad de establecer responsabilidad penal “en circunstancias apropiadas”, el acuerdo colombiano-estadounidense directamente exige esa responsabilidad definiendo esas circunstancias al incurrirse “dolosamente y con el fin de lograr una ganancia comercial o ganancia financiera privada” en una de

como “Ley Lleras 2.0”. El Artículo 14 de dicha ley, en su encabezado, establece de forma inequívoca que “Independientemente de que concurra una infracción al derecho de autor o a los derechos conexos, incurrirá en responsabilidad civil y deberá indemnizar los perjuicios que ocasione” quien realice conductas de elusión, las facilite, u omita información sobre gestión de derechos. El Artículo 17, a su vez, modifica el Código Penal de ese país imponiendo sanciones penales de privación de libertad y multa cuando, con fines de lucro, se realicen las mismas conductas⁹. Es decir, Colombia extrema la punición y la responsabilidad de las conductas de elusión y actos relacionados.

Como mencionamos antes, el TLC de Chile y EE. UU. admite flexibilidad en el mismo sentido de alta protección, exigiendo solamente el mínimo de responsabilidad civil, y en ciertos casos calificados responsabilidad penal, contra quien elude a sabiendas una medida tecnológica efectiva que controle el acceso a una obra. Puesto que el acceso a una obra no está necesariamente ligado con derechos de autor ni es por sí solo (al menos legalmente) un derecho exclusivo, Chile parece, en principio, estar obligado a sancionar conductas separadas de la infracción de derechos de autor.

Pero es necesario hacer un matiz en el lenguaje de los tratados y de la eventual ley nacional, cuyas consecuencias son de la mayor importancia: el resguardo de las medidas tecnológicas contra su elusión, en el caso de los controles de acceso, tiende al otorgamiento en los hechos de un derecho de acceso, como mencionáramos antes. No obstante, las medidas, tanto en el lenguaje de los Tratados Internet de la OMPI como en el TLC (“protección... contra la acción de eludir las medidas... utilizadas... *en relación con el ejercicio de sus derechos*”), buscan el resguardo de las medidas tecnológicas en la medida en que ellas se vinculan al ejercicio de derechos de autor y conexos. En tal sentido, no existe una vinculación directa entre la existencia de medidas tecnológicas que protegen los intereses de los titulares *en relación con sus derechos de autor y conexos*, y la necesidad de que se establezca responsabilidad solamente por las medidas que controlen el acceso a las obras. La solución más lógica, es la atribución de responsabilidad allí donde la elusión de medidas tecnológicas de control de acceso tenga como propósito ulterior el desarrollo de actividades que sí infrinjan derechos exclusivos. Es decir, establecer responsabilidad donde la elusión tenga el propósito de infracción, relevando así el reproche a la conducta lesiva de derechos sustantivos de autor y conexos por sobre el reproche a la elusión de una u otra tecnología de resguardo.

.....

las conductas de elusión allí descritas (Art. 16.7.4).

9 El artículo 272 del Código Penal de Colombia ya desde 2006 penaba con multa las conductas de elusión, entre otras infracciones a los derechos de autor y afines. La implementación del APC con EE. UU. llevó a una nueva definición de las conductas y la agravación de las sanciones.

En cuanto a conductas de elusión para otros fines, el TLC con EE. UU. hace opcional establecer responsabilidad por la elusión de medidas que controlen usos distintos del acceso, siendo cuestionable la necesidad de un estatuto especial en ese sentido. No parece haber razones que justifiquen el establecimiento de esa responsabilidad de forma independiente y adicional para la elusión de medidas que controlen infracciones ya sancionadas por ley. Entonces, solamente si ese acto de elusión es llevado a cabo por una persona distinta de quien realizará el uso no autorizado, se justificaría su sanción separada, y solamente en la medida en que dicha infracción haya recibido reproche. Hecha esa última salvedad, nos inclinamos por el aprovechamiento de las flexibilidades del TLC, negando por completo una sanción adicional allí donde la elusión tenga por fin conductas ya prohibidas por la ley.

6. Actividades preparatorias y tráfico de tecnologías de elusión

Los Tratados Internet de la OMPI no abundan sobre la protección contra la elusión en lo que se refiere a las actividades preparatorias y el facilitamiento de la elusión. Las actividades preparatorias de la elusión son también prohibidas en la mayor parte de las legislaciones, como en EE. UU. y Europa. Leyes que prohíben solamente esas actividades y no directamente la elusión son escasas pero existentes, pudiendo citarse como ejemplo el caso de Australia.

En el caso de la implementación en Chile, el TLC con EE. UU. establece que los actos de fabricación, importación, distribución, venta o arriendo de dispositivos, productos o componentes o el suministro de servicios para la elusión, deben ser objeto de medidas sancionatorias administrativas y civiles, y deben ser objeto de sanciones penales en caso de realizarse maliciosamente y con “propósitos comerciales prohibidos” (Art. 17.4.5(b)). Es decir, se exige el combate a la comercialización de tecnologías de elusión de las medidas de protección, aun si los actos mismos de elusión no serán llevados a cabo por quienes realizan el tráfico de los dispositivos. Los márgenes del TLC, en este punto, son relativamente estrechos.

De acuerdo con el TLC, entonces, se sancionará de esta forma “la fabricación, importación, distribución, venta o arriendo de dispositivos, productos o componentes o el suministro de servicios que: (i) sean promocionados, publicitados o comercializados con el propósito de eludir cualquier medida tecnológica efectiva; (ii) no tengan un propósito o uso comercialmente significativo distinto que el de eludir cualquier medida tecnológica efectiva; o (iii) han sido principalmente diseñados, producidos, adaptados, o ejecutados con el fin de permitir o facilitar la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva” (Art. 17.4.5(b)).

Conforme al mismo tratado, no obstante, los propósitos educacionales o científicos deben tomarse en cuenta al sancionar penalmente, pero es facultativo eximir de responsabilidad penal en relación con bibliotecas e instituciones educacionales sin fines de lucro, y facultativo eximir de responsabilidad civil en

caso de desconocimiento o buena fe. Puesto que la sanción es una consecuencia negativa en todas esas eventualidades, estimamos también que la implementación legal debe ser rigurosa en ofrecer esas salvaguardas a actividades por el hecho de ser socialmente valiosas o estar en los hechos desprovistas de malicia.

7. Medidas procesales y sanciones legales

El régimen de los Tratados Internet de la OMPI no solicita más que “protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos” contra la elusión de las medidas tecnológicas, dejando a criterio de los países signatarios la naturaleza de esa protección. Como ya indicamos, el TLC con los EE. UU. exige –a lo menos– la implementación de reglas que establezcan la responsabilidad civil por la elusión de medidas técnicas que controlen el acceso a una obra. Del mismo modo, exige establecer “en circunstancias apropiadas” responsabilidad penal o a lo menos un agravante penal por los mismos actos. Es facultativa la sanción para medidas que controlen usos distintos del acceso. En cuanto a los actos preparatorios, ellos deben ser objeto de sanciones administrativas y civiles, y de sanciones penales si se hacen con dolo y fin de lucro.

La flexibilidad, entonces, no se presenta tanto en la naturaleza de la sanción como en su entidad. En el ámbito de sanciones penales, parece conveniente homologar cualquier sanción con las ya existentes respecto de delitos relacionados con la explotación comercial de obras sin autorización del titular de derechos de autor o conexos, como la multa proporcional a la entidad económica del delito. Por su parte, la responsabilidad civil, en principio, no requiere una regulación altamente específica dado que sus bases teóricas están bien asentadas en la práctica nacional. No obstante, surge la pregunta sobre la procedencia de recursos jurídicos procesales en esta materia. En tal sentido, parece conveniente que las medidas precautorias que la ley sobre derechos de autor concede sobre actos de explotación y copias no autorizadas de material protegido (Art. 85 D, Ley 17.336), se extiendan a los dispositivos de elusión en los términos que la ley defina, y siempre y cuando sean específicamente determinados en la respectiva solicitud judicial.

8. Excepciones y limitaciones a la protección de medidas tecnológicas

Siendo comprensible la existencia de excepciones a la sanción de la elusión de medidas de tecnológicas de protección, y no habiendo disposiciones en tratados multilaterales que tiendan a uniformar las legislaciones nacionales, existen distintas formas de abordar el punto. Así, el modelo europeo derivado de la Directiva varía entre el aseguramiento de las excepciones a los derechos de autor fijadas en ella misma, a falta de medidas voluntarias de los titulares de derechos, y la regulación específica cuando aparezca la necesidad (todo de conformidad al Art. 6.4 de la Directiva). Esto ha dado lugar a muy disímiles

implementaciones nacionales en los Estados Miembros.

A su vez, la legislación de EE. UU. fija un catálogo separado para las excepciones a la protección de las medidas tecnológicas. Estas se acercan bastante a las plasmadas en el TLC entre Chile y ese país, siendo una característica adicional la declaración inequívoca de que el régimen de protección de medidas tecnológicas no afecta a limitaciones y excepciones, ni al *fair use*. Del mismo modo, establece que no se requerirá positivamente que los productos dotados de medidas tecnológicas sean diseñados para responder a alguna medida específica. Finalmente, el modelo de la DMCA incluye excepciones a la prohibición de elusión, según la revisión hecha por parte de la Biblioteca del Congreso, cada tres años, para ciertas clases de obras, de acuerdo con el estudio de las obras y personas que se vean afectadas en los usos no infractores de derechos de autor.

En estrecha consonancia con la DMCA, el TLC entre Chile y EE. UU. se hace cargo de establecer la posibilidad de excepciones, con el propósito de limitar su potencial alcance y restringir las hipótesis posibles. Es facultativo entonces fijar excepciones a las reglas de responsabilidad en los casos siguientes (Art. 17.7.5(d)):

- i. cuando se demuestre en procedimiento legal o administrativo un impacto real o probable sobre usos no infractores o excepciones, pudiendo durar hasta 3 años tales excepciones. La excepción no es extensible a las hipótesis de comercialización;
- ii. actividades no infractoras de ingeniería inversa sobre copia legal, de buena fe, para fines de compatibilidad;
- iii. actividades de investigación sobre copia legal, no mediando autorización, para identificar fallas de encriptación. Ambas hipótesis son analogables las excepciones legales de derechos de autor relativas a excepciones sobre programas computacionales, pero estas últimas no bastan para referirse a mecanismos de protección distintos del software.
- iv. inclusión de componente para controlar el acceso de menores de edad;
- v. actividades autorizadas por el dueño de un equipo o red computacional para fines de seguridad;
- vi. inhabilitación de funciones que recolecten o diseminen información personal en línea;
- vii. actividades de funcionarios estatales; y
- viii. acceso por bibliotecas o instituciones educacionales a obras para decidir adquisición.

Todas esas excepciones, de establecerse legalmente, podrán ser aplicables a las medidas impuestas para la elusión. Respecto de las actividades relacionadas, la protección a las medidas de control de acceso no admite las excepciones referidas en los números (i) y (vi), y la protección a las medidas de control de copia solamente admite las excepciones referidas a la ingeniería inversa y las

actividades de funcionarios estatales.

Por cierto, evitar una criminalización aun más desproporcionada que la actualmente vigente en materia de propiedad intelectual, invita a aprovechar todas esas vías de excepción a la responsabilidad por elusión. Pero ese catálogo de posibles excepciones es altamente problemático si llega a ocurrir que el legislador siga fielmente el catálogo del TLC sin ulteriores consideraciones sobre su impacto. Fundamentalmente, al no contemplar de forma directa la elusión con fines de ejercicio de limitaciones y excepciones al derecho de autor, sino a través del mecanismo de la primera posible situación listada. Esto ya es realizado por EE. UU. a través de la Biblioteca del Congreso, cuyas excepciones administrativas pasan por un período de discusión y tienden a enfocarse en situaciones puntuales¹⁰. En Chile, la implementación de un sistema similar es todavía de dudosa viabilidad o sustentabilidad en el tiempo, pero aparece como una necesidad en la salvaguarda de los intereses del público.

Cabe reiterar la importancia de un factor que diferencia a las legislaciones estadounidense y chilena: si bien en los EE. UU. las excepciones tienden a referirse a los actos de elusión con fines de usos que “no infrinjan” derechos de autor o conexos, esa no infracción viene permeada por un sistema de *fair use* de manera adicional a las excepciones expresamente consagradas. Esto obliga a estudiar de forma seria el mecanismo óptimo para la instauración de un sistema administrativo de establecimiento de excepciones en nuestro país. En tal sentido, nuestra opción es: aprovechar las flexibilidades del TLC, dotar a una agencia gubernamental de la autoridad para fijar excepciones a las sanciones, y sujetar el funcionamiento de ese mecanismo a procesos abiertos y transparentes de participación.

9. Normas de resguardo a las excepciones

Ni los Tratados Internet de la OMPI ni el TLC con EE. UU. exigen normas de resguardo al ejercicio de excepciones y limitaciones a los derechos de autor, más allá de permitir tales excepciones. No obstante, y de la misma forma, los tratados no presentan objeciones al establecimiento de normas que, de forma análoga a aquella en la que se protegen derechos autorales y conexos, se protejan excepciones y limitaciones contra aquellos actos que impidan ejercerlas. Esto es particularmente relevante, atendido que las medidas de protección tecnológica de derechos de autor y conexos pueden significar impedimentos técnicos para actos lícitos y expresamente autorizados por la ley. En tal sentido, parece prudente no tan solo la despenalización de las hipótesis de excepción o de la elusión que lleve a actos que no infrinjan derechos de autor, sino también de sanciones al menos residuales contra quienes impidan o entorpezcan de forma indebida el ejercicio de actos autorizados a través de excepciones y

.....

10 <http://www.copyright.gov/I20I/2010/>

limitaciones a derechos de autor y conexos, o de usos sobre obras o material de dominio público.

V. Propuestas tendientes a cumplir estándares mínimos de protección de los derechos fundamentales involucrados.

La conclusión del estudio de los tratados vigentes en materia de medidas tecnológicas de protección, es que la legislación chilena está en deuda respecto del establecimiento de mecanismos apropiados que resguarden los intereses de los titulares de derechos de autor y conexos en relación con tales medidas. No obstante, el riesgo existente es el de tender a una sobreprotección, descuidando el necesario equilibrio entre la protección de intereses de titulares y la protección de los intereses de la comunidad en general. Por tanto, cualquier propuesta o iniciativa legal que actualice la legislación nacional, debe tener presente ese equilibrio y los intereses en juego. Además, esa modificación legal debe tener en consideración su contexto normativo, esto es, los caracteres propios de la regulación interna en materia de propiedad intelectual, como también en la regulación económica de los derechos de los consumidores y la libre competencia, en las normas sancionatorias penales en general y sus mecanismos de acción, y otras que pudieran ser relevantes.

Sin hacer nuestro objetivo de una crítica profunda a las medidas tecnológicas de protección, atendido el hecho de que Chile debe igualmente regular su protección por haberse obligado a ello a través de tratados internacionales, el mentado equilibrio se ve mermado allí donde las medidas tecnológicas inclinan la balanza solamente hacia el interés de algunos. Así ocurre cuando las medidas impiden usos legales, limitan obras del patrimonio cultural común, paralizan actividades de investigación y desarrollo, menoscaban los derechos de los consumidores, amenazan la privacidad, disuaden la información y la expresión libre, entorpecen el acceso por parte de personas con discapacidad, entre otros potenciales problemas".

En ese sentido, para una regulación sensible a los derechos fundamentales eventualmente contrapuestos a los intereses de los titulares de derechos de autor, y de forma adicional a nuestra opinión acerca de los puntos sensibles de la regulación antes mencionados, consideramos pertinente seguir las directrices siguientes:

I) Apropiada definición de objetos de protección

- Es importante que, sin quitar espacio de interpretación a los jueces,

.....

- II GASSER, Urs, *Legal Frameworks and Technological Protection of Digital Content: Moving Forward Towards a Best Practice Model* (June 2006). Berkman Center Research Publication No. 2006-04.

la terminología legal sea lo suficientemente clara en no caer en una ambigüedad paralizante ni inclinar la balanza hacia una sobreprotección lesiva del interés público. En el mismo sentido, es importante no caer en el error de transcribir el lenguaje utilizado por los tratados, adoptando al ámbito legal las posibles ambigüedades verbales, en lugar de aprovechar esa flexibilidad para guiar la aplicación hacia una situación de equilibrio y certeza jurídica.

- Se requiere definir a las medidas tecnológicas efectivas de protección de derechos de propiedad intelectual, desde un enfoque funcional, neutral a la tecnología existente y por existir. En tal sentido, la definición del TLC es adecuada, sin perjuicio de lo cual la ley bien podría a su vez reducir su amplitud, y diferenciar entre medidas de control de acceso y medidas de control de usos protegidos por derechos de autor.
- La definición de las medidas así protegidas también debiera alcanzar al carácter de “efectivas” de las mismas, condicionando la sanción a su elusión a: su funcionamiento correcto; la dificultad para su inhabilitación; la imposibilidad de su inhabilitación casual (es decir, la necesidad de intención); y su necesidad (es decir, ausencia de un mecanismo más sencillo) para lograr el efecto buscado.

2) Definición adecuada de las conductas sancionadas

- La legislación debe avocarse a distinguir las conductas que se sancionan. Esto implica, en primer término, distinguir las medidas cuya elusión acarrea responsabilidad (si son de acceso o de control), y en segundo lugar, distinguir la responsabilidad por la elusión misma, de la responsabilidad por actos preparatorios a la elusión. Chile tiene obligaciones distintas en torno a tales distinciones, por lo que debe evitarse a toda costa que una misma regulación intente cubrir todos esos ámbitos.
- El acto mismo de elusión, para ser objeto de responsabilidad civil allí donde corresponde asignarla, debe ser regulado como un acto que incluya entre sus elementos la existencia de un propósito de obtener acceso o hacer uso de la obra, la falta de autorización para ese acto por parte del titular de derechos, y la falta de una autorización legal en el mismo sentido.
- El acto mismo de elusión de una medida que controle el acceso a una obra, para ser objeto de responsabilidad allí donde corresponda, deberá tener como propósito la infracción de derechos de autor o conexos, y no mantenerse como conducta aisladamente sancionada. El acto de elusión de una medida que controle usos protegidos por derechos de autor, en caso de elegirse su sanción (a lo que nos

oponemos), deberá estar supeditado a la infracción de derechos de autor, y no ser más que una agravante de la misma.

- Los actos preparatorios asociados con la elusión ilícita merecen ser objeto de sanción solamente allí donde no exista un propósito distinto en la tecnología producida, comercializada o distribuida o en el servicio ofrecido, a fin de evitar la criminalización de tecnologías por el solo hecho de existir.
- La ley debe excluir expresamente de la asignación de responsabilidad por actos preparatorios, a aquellos actos o mecanismos preexistentes a la fecha de modificación legal. Asimismo, la ley debe excluir expresamente de la asignación de responsabilidad por actos preparatorios a la mera difusión de información sobre elusión, comunicada de forma no operativa directamente (por ejemplo, la publicación de tutoriales o de código no operativo de forma directa o inmediata).

3) Información a los usuarios

- Todo usuario de una medida tecnológica de protección deberá informar al público de la existencia de dicha tecnología. Lo mismo es exigible de los dispositivos requeridos para que el contenido protegido pueda funcionar. Es responsabilidad del legislador fijar las condiciones mínimas de información en tal sentido.

4) Resguardo de excepciones a los derechos de autor y del dominio público, y sanción del abuso.

- La ley expresamente debiera hacer mención de que la protección dispensada a las medidas tecnológicas no limita ni afecta a los derechos de uso a título de excepciones y limitaciones a los derechos de autor ni a los usos sobre contenidos de dominio público. El propósito de uso en tal sentido debe ser tomado en cuenta como antecedente para descartar la persecución penal.
- Las excepciones generales de derechos de autor deben ser también aplicables a las tecnologías mismas de protección, allí donde puedan ser por sí solas obras protegidas, por ejemplo, en el caso del software de encriptación y su uso con fines de investigación.
- Es conveniente el establecimiento de un procedimiento reglado mediante el cual una persona pueda requerir, por parte de un titular de derechos, la entrega de mecanismos que inhabiliten las medidas tecnológicas para usos lícitos de las obras o prestaciones respectivas. Debe establecerse sanciones en caso de incumplimiento negligente o intencional, además de la autorización para eludir en

el caso concreto, a costo del titular de derechos.

- En aprovechamiento de la instancia de modificación legal, medidas de sanción contra el abuso por parte de los titulares de derechos debieran ser adoptadas. Esto es, fijar responsabilidad contra los titulares de derechos que, mediante aserciones fraudulentas de titularidad de derechos, prohibiciones y cláusulas contractuales (incluyendo la caducación de garantías), medidas tecnológicas de protección u otras actividades, limiten o impidan el ejercicio de actividades cubiertas por excepciones o limitaciones a los derechos de autor o conexos, o limiten o impidan el uso lícito de obras y prestaciones de dominio público.

5) Excepciones y limitaciones equilibradas a la protección contra la elusión

- Todas las instancias de excepción especificadas en el TLC deben ser aprovechadas, instaurándolas como excepciones a las reglas de responsabilidad, en uso de lenguaje que no restrinja las posibilidades de acción de los eventuales usuarios allí donde no exista efectivo y relevante perjuicio a los titulares de derechos.
- Como limitación necesaria al reproche normativo a los actos de elusión, debe excluirse de ese reproche a los actos de elusión de medidas de control de acceso o copiado cuando de ellas no derive infracción a los derechos de autor o conexos correlativos.
- Debe exceptuarse especialmente los usos elusivos o preparatorios de la elusión o de mecanismos de elusión cuando existan propósitos educacionales, científicos o de investigación, y también cuando la actividad sea realizada en bibliotecas, archivos e instituciones educativas sin fines de lucro. Conviene reforzar esa exención mediante una presunción de que, en determinados contextos al menos, esos propósitos existen, debiendo probarse en cambio la mala fe. El TLC admite asimismo la exención de responsabilidad civil por ignorancia de la prohibición; regla que, de adoptarse, es contraria a la presunción de conocimiento de la ley, pero que por especialidad prevalecería de ser adoptada, razón por la que se recomienda.
- Debe consagrarse de forma expresa, dentro de los márgenes de acción que provee el TLC, la posibilidad de elusión allí donde sea necesaria para inhabilitar medidas tecnológicas obsoletas o dañadas, para inhabilitar medidas tecnológicas que provoquen daño o imposibiliten el funcionamiento de un equipo, o para reparar un equipo o producto.

6) Procedimientos de revisión y actualización de excepciones

- Puesto que el TLC admite dicha posibilidad, la ley chilena debiera contemplar una institucionalidad y un procedimiento administrativos para la consagración de excepciones a la prohibición de elusión de duración trienal. Dicho procedimiento debe ser abierto y transparente, dando lugar a decisiones fundadas para las exenciones de responsabilidad así fijadas.
- El procedimiento de establecimiento de excepciones debe considerar no solamente preocupaciones de derechos de autor, sino además relativas a los derechos del consumidor y otras regulaciones económicas, como también cuestiones relacionadas con el ejercicio de derechos de propiedad común, libertad de expresión y otros intereses. Es necesario asimismo incluir en el procedimiento la opinión de expertos y la consulta pública, siempre sin perjuicio del estudio de oficio de antecedentes. Es también conveniente abrir la posibilidad de adopción de excepciones focalizadas que sean a su vez adoptadas de legislaciones extranjeras allí donde se cumplan ciertas condiciones de razonabilidad de conformidad a la realidad chilena. Esto último permitiría, por ejemplo, hacer propias las excepciones que la Biblioteca del Congreso fija para los EE. UU. cada tres años.
- El procedimiento de establecimiento de excepciones debe considerar en primer término los requerimientos y observaciones de quienes aleguen la existencia real o probable de un impacto sobre usos no infractores, sin obstaculizar esa alegación con exigencias probatorias o administrativas desmesuradas. Debe asimismo considerarse la opinión de los respectivos titulares de derechos o grupo de titulares de derechos.
- La institución encargada del procedimiento de establecimiento administrativo de excepciones es susceptible de convertirse en el canal idóneo para la provisión por parte de los titulares de derechos de mecanismos para inhabilitar medidas tecnológicas, allí donde una excepción o uso legal lo requiera, a fin de evitar la elusión allí donde la medida tecnológica sea mero obstáculo a usos legales.

7) Sanción del abuso en el uso de medidas tecnológicas de protección.

- Es conveniente que la ley expresamente entregue resguardo contra los perjuicios causados por las medidas tecnológicas de protección, sobre la obra o sobre la persona o el patrimonio del usuario respectivo. A este respecto, y puesto que una ley de implementación se centra en materia de propiedad intelectual, una iniciativa de ley debiera a lo menos hacer mención de que la responsabilidad por el uso de medidas tecnológicas de protección que impidan el ejercicio de excepciones y otros usos legales, será sin perjuicio de la

responsabilidad que proceda por otros daños producidos por esas medidas de conformidad a las reglas generales.

- Es altamente conveniente que la ley declare de forma expresa la prohibición del uso de medidas tecnológicas de protección, o la negación a la entrega de la información para su elusión con fines lícitos, cuando ello tenga efectos adversos sobre la libre competencia en el mercado relevante.

8) Sanciones razonables, proporcionales y focalizadas en caso de elusión

- La responsabilidad y las sanciones por la elusión de medidas tecnológicas, deben ser proporcionales al daño y acordes con las reglas generales de sanción de derechos de propiedad intelectual.
- Las sanciones penales, además de proporcionales, deben responder a la idea del derecho penal como un mecanismo de *ultima ratio*, evitando la penalización más allá de lo fijado por el TLC en términos de exigencia de dolo y ánimo de lucro ilícito.
- Debe eximirse de responsabilidad civil y penal a los infractores de buena fe (con desconocimiento de la ilicitud) y a los infractores accidentales. Debe especificarse que se trata de aquellos infractores que desconocían que el acto de elusión realizado estaba prohibido, o bien que tenían al menos buenas razones para creer que sus actos han sido ajustados a derecho.
- Debe eximirse de responsabilidad civil y penal a bibliotecas e instituciones de educación o investigación sin fines de lucro, como también a los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

Estos puntos sirven, a lo menos, como recomendaciones que, con fines de defensa del interés público y los derechos fundamentales de la ciudadanía, conviene al legislador atender. De este modo, una regulación aparentemente técnica y árida será a su vez sensible y sensata.



Este trabajo es parcialmente resultado de un proyecto de investigación
financiado por Google Inc.