

PROPIEDAD INTELECTUAL Y NUEVAS TECNOLOGÍAS . UNA PERSPECTIVA DESDE LAS LEGISLACIONES DE MÉXICO Y ARGENTINA

Horacio FERNÁNDEZ DELPECH¹

Dedico especialmente este trabajo al doctor Julio Téllez Valdés, en prueba de admiración por sus 30 años de trayectoria profesional y académica en el ámbito de la informática jurídica y del derecho informático.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La libertad en Internet.* III. *El concepto de reproducción de la obra intelectual a través de Internet.* IV. *La incorporación de una obra en Internet.* V. *La visualización de la obra por el usuario de Internet.* VI. *El concepto de reproducción en los tratados internacionales.* VII. *La protección de la propiedad intelectual en el ámbito digital.*

I. INTRODUCCIÓN

El ser humano tiene una particular característica que lo distingue de los demás seres vivientes y que está dada por su capacidad para la creación intelectual. Esta creación intelectual, que nutre todos los días nuestra vida aportándonos conocimientos o recreando nuestro espíritu, es fruto de trabajo y sacrificio, y como tal necesita y debe ser tutelada por el derecho mediante una legislación que proteja esta peculiar forma de propiedad.

De allí que podamos decir entonces que la propiedad intelectual está integrada por el conjunto de normas que regulan los derechos, tanto patrimoniales como morales, que tienen los autores, inventores y otros titulares de derechos sobre las producciones fruto de su intelecto.

Los derechos de propiedad intelectual están reconocidos a nivel internacional por diversos convenios internacionales, fundamentalmente a partir del Convenio de Berna para la Protección de

¹Abogado Argentino especialista en Propiedad Intelectual y Derecho Informático. Presidente de la Asociación de Derecho Informático de Argentina (ADIAR). Miembro del Directorio del Centro de Administración de Derechos Reprográficos de Argentina. Vicepresidente de la Comisión de Derecho de la Alta Tecnología del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Profesor Titular en la Universidad del Salvador, Universidad Católica Argentina y Universidad Austral de Argentina.

las Obras Literarias y Artísticas,² y a nivel de los diferentes estados por diversas normativas nacionales.

En el caso de la República Argentina, la Constitución Nacional en la segunda parte del art. 17 establece, que: "...Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley...".

Plasmando este principio constitucional, la ley 11723, dictada en 1933, regula el régimen de los derechos de autor, entendiendo por tales a los derechos que nacen de la creación de producciones científicas, literarias o artísticas.

Por su parte, las leyes 24481, 22362 y el Decreto Ley 6673/63 regulan el régimen de los derechos a la propiedad industrial, referido en la Argentina también a creaciones intelectuales, pero cuando éstas tienen una finalidad industrial, fundamentalmente en la protección de las patentes, marcas y diseños industriales.

En los Estados Unidos Mexicanos, el artículo 28 de la Constitución Política establece claramente, en su párrafo 9, que: "Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y lo que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna manera".

La Ley Federal del Derecho de Autor, de México (Diario Oficial de la Federación del 24.12.96), reglamentó la norma constitucional, estableciendo en su artículo 1º que su objeto es: "la salvaguarda y promoción del acervo cultural de la nación; protección de los derechos de los autores, de los artistas intérpretes o ejecutantes, así como de los editores, de los productores y de los organismos de radiodifusión, en relación con sus obras literarias o artísticas en todas sus manifestaciones, sus interpretaciones o ejecuciones, sus ediciones, sus fonogramas o videogramas, sus emisiones, así como de los otros derechos de propiedad intelectual".

² Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886, completado, revisado y enmendado en 1896, 1908, 1914, 1928, 1948, 1967, 1971, mismo que fuera ratificado por la Argentina y por México.

Por su parte, la Ley de Propiedad Industrial (Diario Oficial de la Federación del 27 de Junio de 1991, reformada en 1994, 1997 y 1999), regula el régimen de la propiedad industrial.

Vemos así como, tanto en Argentina como en México, se reconocen y protegen los derechos de propiedad intelectual, a los que se clasifica en derechos de autor o propiedad autoral y propiedad industrial.

Pero este nuevo mundo en el que nos ha tocado vivir, y que a diario llamamos sociedad de la información, nos ha traído nuevas tecnologías que han facilitado enormemente la divulgación de las obras del intelecto, en soportes no tradicionales.

El libro hecho en papel, como lo conocimos durante muchos siglos, va dejando paso a las obras en soportes virtuales. Aparecen así primero las obras digitalizadas y, como una consecuencia de éstas y de las nuevas tecnologías, encontramos el libro electrónico y también que las obras digitalizadas se vuelcan en Internet, como una nueva forma de comunicación pública de las mismas.

Este proceso migratorio de la obra escrita a la que accedemos a través del libro, o de la obra musical o audiovisual que nos llegaba través del disco de vinilo, de la cinta magnética o del cassette, en soportes analógicos, a la obra digital a la que llegamos luego de un proceso de digitalización, a través del libro electrónico, del cd, del dvd o por su visualización en Internet, es un proceso actual que no podemos desconocer.

Hace algunos años muchos creyeron que rápidamente las nuevas tecnologías harían desaparecer tanto la obra escrita como el fonograma y el videograma, en sus formatos tangibles tradicionales, y que la distribución de las obras se realizaría mediante el libro electrónico o mediante la comunicación de la obra desde Internet.

El proceso se está realizando, y creo que no muy lejano está el día en que el formato virtual sea la forma común de presentación de la obra intelectual.

El proceso de digitalización de las obras y del acceso a las mismas vía Internet, si bien tiene múltiples beneficios para los usuarios, conlleva también peligros para los autores y problemas con relación a su uso, muchas veces producto de que las normativas de propiedad intelectual no fueron pensadas para el mundo de las nuevas tecnologías, ni fueron aún adecuadas a éste.

La intangibilidad de la obra en formato digital y su fácil y rápida circulación por la red, no sólo dificulta el control de los derechos de propiedad intelectual sobre las obras, sino que exige además una adecuación y una correcta interpretación de los principios de la protección existentes en las diferentes normativas, acorde con esta nueva herramienta producto de las modernas tecnologías.

Trataremos de analizar acá, y fundamentalmente con relación a los derechos de autor, algunos de estos peligros y problemas, viendo la solución que se ha dada a ellos en Argentina y México.

II. LA LIBERTAD EN INTERNET

La proclamada libertad en Internet pareciera que todo lo permite y es así como muchos creen que los derechos de propiedad intelectual no existen en la red, donde todo se podría copiar y reproducir sin el más mínimo respeto a los legítimos derechos de los autores.

Para quienes pregonan esta total libertad en Internet, la red es un ámbito totalmente libre en donde todo es posible y donde no deben existir restricciones de ningún tipo.

Se proclama así la libre utilización de las obras en Internet, argumentando que debe reconocerse a los usuarios de Internet el acceso irrestricto e incondicionado a la totalidad de los contenidos incorporados a la red, ya que de no ser así se impediría gozar del derecho a la cultura.

Creo que quienes así piensan se equivocan.

Los derechos de propiedad intelectual no son, como dicen algunos, un impuesto que limita el acceso a los bienes culturales, por el contrario son el mejor estímulo para la creación y para defender una justa retribución por la tarea realizada. Personalmente creo que configuran el más justificado de los derechos a la propiedad existente, pues se corresponden con un bien inmaterial constituido por una creación intelectual propia a la que se llega con trabajo, a diferencia de los bienes materiales producto, muchas veces, de otras circunstancias.

Las obras intelectuales incorporadas a la red deben contar con la protección de la ley frente a su reproducción no autorizada, protección ésta que sin duda debe adecuarse a las características técnicas y de uso en Internet, diferentes a las de la obra en formato tradicional.

Los derechos de autor están íntimamente ligados con la producción de bienes culturales. No existe cultura si no hay autores, quienes son entonces el eje central de protección de los derechos de propiedad intelectual.

De no ser así, los autores y editores se verían privados del incentivo para producir nuevas obras, y entonces sí, se afectaría el derecho a la cultura.

III. EL CONCEPTO DE REPRODUCCIÓN DE LA OBRA INTELECTUAL A TRAVÉS DE INTERNET

Todas las legislaciones del mundo protegen desde hace muchos años a las obras intelectuales contra la reproducción sin la autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual.

Al brindar esa protección a las obras científicas, literarias y artísticas establecen expresamente que “la protección existe frente a cualquier procedimiento de reproducción”.

Se adoptó así en todas la legislaciones un concepto amplio de reproducción que fue establecido por diferentes convenios internacionales a partir del Convenio de Berna.

El artículo 9.1 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas establece que “los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de su obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma”.

Pero este amplio concepto de reproducción utilizado por las normativas nacionales y por el Convenio de Berna es no sólo aplicable a la obra intelectual en un formato tangible, sino también a la obra digital de formato intangible.

Podemos observar que el Tratado sobre Derechos de autor de la OMPI, de 1996 (WCT), y vigente desde 2002,³ establece en la declaración concertada respecto del artículo 1.4. el siguiente párrafo:

³ Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT), adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, firmado y ratificado por la República Argentina y por los Estados Unidos Mexicanos.

“El derecho de reproducción, tal como se establece en el Artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del Artículo 9 del Convenio de Berna”.

En la Argentina, la Ley 11723 de Propiedad Intelectual establece expresamente la facultad exclusiva del titular del derecho sobre la obra de autorizar su reproducción, en cualquier forma, reafirmando este principio al crear la propia ley, diversos tipos penales, para los casos de reproducción sin autorización de su autor.

Pero debemos tener en cuenta que tanto al tiempo del dictado de la ley como al de algunas de sus modificaciones posteriores, aún no existía el entorno digital y la red Internet, por lo que obviamente la ley argentina no pudo contemplar las nuevas situaciones derivadas de esta nueva forma de transmisión.

La normativa Argentina tipifica como delito la reproducción ilícita de las obras, quedando así configurado este delito no sólo por la reproducción ilícita de la obra escrita, musical o audiovisual en formatos analógicos o digitales, sino también por la reproducción ilícita de la obra divulgada a través de Internet.

Debemos recordar aquí que para la ley Argentina la reproducción de una obra para fines privados y aún sin fines comerciales, no está incluida en las excepciones a los derechos de su titular ni existe el derecho de copia privado, por lo que tal accionar es ilícito.

En México, el artículo 27 inciso 1, de la Ley Federal del Derecho de Autor, establece el derecho de los autores y titulares de derechos de autorizar o prohibir la reproducción de las obras efectuada por cualquier medio, ya sea impreso, fonográfico, gráfico, plástico, audiovisual, electrónico, fotográfico u otro similar, definiendo en el artículo 16 VI el concepto de reproducción como: “...la realización de uno o varios ejemplares de una obra, de un fonograma o de un videograma, en cualquier forma tangible, incluyendo cualquier almacenamiento permanente o temporal por medios electrónicos, aunque se trate de la realización bidimensional de una obra tridimensional o viceversa”.

Pero estos conceptos de reproducción de las leyes argentina y mexicana se encuentran hoy en serias dificultades de aplicación en ciertos procesos relativos a Internet, como veremos a continuación.

IV. LA INCORPORACIÓN DE UNA OBRA EN INTERNET

Al proceso de incorporación de una obra en Internet lo llamamos el *upload* de la obra, y consiste en la introducción de esa obra en la memoria del hosting donde está alojado el sitio Web.

Este *upload* de la obra es el que permite que luego el usuario que ingrese a ese sitio pueda descargar la obra a su computadora y obtener su visualización pantalla.

Este proceso de introducción de una obra a un sitio de Internet, constituye un claro acto de reproducción y, consecuentemente, requiere la expresa autorización de su autor o titular de derechos.

Pero además de ser un acto de reproducción, es también un acto de comunicación pública, que como tal genera el consecuente derecho de retribución.

Toda obra intelectual sobre la cual su autor o editor posee derechos requiere la autorización previa y expresa de éstos para ser incorporada a un sitio de Internet.

Si ello no ocurre, tal incorporación es, tanto en México como en Argentina, un acto ilícito generador de responsabilidad para el titular del sitio que incorpora la obra sin esa autorización.

Puede afirmarse también que los proveedores de servicios de Internet (proveedor de acceso y proveedor de *hosting* - ISP), que posibilitan tal incorporación, pueden también ser responsables ante tal incorporación indebida. Mucho podría hablarse de en que casos los ISP son responsables por tal incorporación ilícita, pero creo que la posición predominante en doctrina y normativa internacional establece que la responsabilidad de los ISP sólo se da en la medida en que hayan advertido o hayan sido advertidos de la infracción al derecho de propiedad intelectual, y pese a ello, no hayan impedido la introducción de la obra al sitio o no hayan de inmediato impedido de alguna forma su trasmisión.⁴

⁴ Fernández Delpech, Horacio, Internet: su problemática jurídica, 2^a ed., Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, 2004.

Esta posición es la que ha adoptado EE.UU. en la *Digital Millennium Copyright Act (DMCA)*, la Unión Europea en la Directiva 2000/31/CE, y España en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

Hoy en día, incluso la moderna doctrina incluye como un nuevo tipo de ISP a los proveedores de enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, generándose entonces el interrogante sobre la responsabilidad que estos buscadores (en la terminología habitual) asumirían por los contenidos a los que el buscador vincula. En el caso de contenidos violatorios de los derechos de propiedad intelectual, creo que se debe aplicar la posición antes descripta. Resalto que la Ley 34 de los Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico de España adopta este criterio para todos los ISP entre los que incluye expresamente a estos buscadores.

V. LA VISUALIZACIÓN DE LA OBRA POR EL USUARIO DE INTERNET

Una vez que la obra ha sido incorporada al sitio con la autorización del titular de los derechos, se produce un segundo proceso, que es la descarga de la obra desde el servidor en donde está alojada la Web, al ordenador del usuario para que éste pueda visualizarla, proceso al que llamamos el *download* de la obra.

Este *download* de la obra es evidentemente también un acto de reproducción, ya que implica la transferencia de la obra desde el servidor de hosting donde está alojada, a la memoria RAM del ordenador del usuario, para que éste pueda visualizarla.

Vemos entonces que en ese concepto amplio de reproducción, que han adoptado la mayoría de las normativas y las leyes de Argentina y de México, en particular, se encuadra esta transferencia a la memoria RAM de la obra accedida por Internet, que posibilita al usuario su visualización.

Técnicamente en este caso, el contenido intelectual que se encuentra alojado en el *hosting* del sitio Web se transfiere automáticamente a la memoria RAM de la computadora del usuario, permitiendo así la visualización en pantalla.

Pero esta transferencia automática es evidentemente un acto de reproducción en el amplio concepto de reproducción de la obra intelectual y entonces nos surge la duda de qué carácter tiene ese acto de reproducción y si requiere una expresa autorización del autor.

Creo, sin embargo, que se trata de un accionar de reproducción tácitamente autorizado por el autor que permitió el *upload* de la obra, ya que si bien es un acto de reproducción, es la consecuencia lógica de ese upload de la obra.

Por otra parte, si el autor no autorizó el *upload* de la obra, el usuario podría no conocer tal circunstancia, aunque muchas veces por el tipo de obra o de sitio, lo debió presumir. Evidentemente el autor titular del derecho de comunicación pública de la obra, que introdujo la misma a la red, autorizó expresamente o implícitamente que los que ingresen a ese sitio puedan acceder a esa obra.

Si el autor no quiere que tal descarga se realice en forma libre, debe restringir el acceso mediante el pago de un canon, uso de claves o cumplimiento de alguna condición.

Qué sentido tendría que un autor introdujese su obra en un sitio sin restringir o condicionar su acceso, si el usuario que accede a ese sitio no pudiese visualizar esa obra, para lo cual necesariamente el ordenador, como parte del proceso técnico, debe transferir esa obra a su memoria RAM.

La transferencia de la obra a la memoria RAM del ordenador es parte del proceso técnico de Internet y es necesaria para que el usuario visualice la misma en su pantalla. De allí que, reitero, estimo que tal acto configura un supuesto de reproducción tácitamente autorizada por el titular del derecho sobre la obra.

Podemos afirmar entonces que como consecuencia de la incorporación lícita de obras a la red, es normal y libre el uso de las mismas por el usuario que ingresa a esos sitios, quien consecuentemente puede leer dichas obras incorporadas a sitios Web mediante la visualización en pantalla.

Pero veamos también que luego de este primer análisis, y ya con la obra a la que se accedió a través de Internet desplegada en la pantalla del usuario, éste puede efectuar, para su posterior uso personal, una de las siguientes operaciones:

- Almacenarla en el disco duro de la computadora.
- Guardarla en un diskette, zip, CD o cualquier otro elemento de almacenamiento externo.
- Efectuar una copia de la misma en una impresora.

Estamos acá también frente a actos de reproducción de la obra, pero que dependen exclusivamente de la voluntad del usuario luego de la visualización en pantalla.

En efecto, el proceso técnico de Internet finaliza con el *download* de la obra, y si el usuario que ha accedido a ella la guarda en su ordenador o en otro dispositivo externo en forma permanente, está tomando una decisión que evidentemente no integra el proceso técnico de Internet

Entiendo que cuando un usuario de Internet accede a una obra y a los fines de su exclusivo uso privado posterior, la almacena en su ordenador o en otro elemento de almacenamiento externo, está efectuando una actividad normal e inherente a Internet y que como tal debe considerarse una reproducción autorizada por el autor desde el momento en que éste efectuó el upload de la obra sin condicionarlo al cumplimiento de requisito alguno. Esta autorización estimo debe presumirse con independencia del régimen legal sobre copia privada que pueda contener la normativa.

No olvidemos que la mayor parte de las legislaciones sobre propiedad intelectual fueron elaboradas teniendo en vista solamente la obra escrita, pero no tuvieron en cuenta el fenómeno de Internet, que posee características técnicas y modalidades de uso totalmente diferentes.

Muchos países, como el caso de España, incluyen dentro de las excepciones al derecho de reproducción del autor, a la reproducción para fines personales.

Vemos así como en el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de España, si bien en su artículo 2 se otorga al autor el derecho exclusivo de explotación de la obra, y en su artículo 17 se incluye dentro de este derecho de explotación los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización. En su artículo 31 se establece que las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor, entre otros casos, para uso privado del copista, siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa, y sin perjuicio del derecho de remuneración por copia privada que para ciertos supuestos se dispone. Se estableció así en España la excepción al derecho del autor de autorizar la reproducción de la copia privada cuando “se trate de un usuario legítimo de la obra” y la copia “sea para uso personal del copista”.

En similar sentido varias son las legislaciones latinoamericanas que aceptan la copia privada como supuestos de libre reproducción. Tal los casos del Brasil, Colombia, Costa Rica, Honduras, Panamá, Perú y México. La República Argentina no ha adoptado este sistema hasta el presente y no considera a la copia privada como una excepción al derecho de reproducción.

Vemos así entonces que si adoptásemos la postura de considerar a este tipo de reproducción o almacenamiento para uso privado en el disco duro del ordenador del usuario o en cualquier otro elemento de almacenamiento externo, como una reproducción que requiere la autorización del autor, ésta conducta, ante tal falta de autorización, sería lícita o ilícita según el país que se tratase. En el caso de Argentina, tal accionar sería ilícito, mientras que en el caso de México, el mismo sería un accionar lícito, ya que México ha incorporado a su legislación el derecho de copia privada, que se encuentra establecido en el artículo. 148, inciso IV de la Ley Federal del Derecho de Autor que establece: *las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, solo en los siguientes casos:....Iv. Reproducción por una sola vez, y en un solo ejemplar, de una obra literaria o artística, para uso personal y privado de quien la hace y sin fines de lucro....*

Como vemos, un idéntico accionar sería lícito en México e ilícito en Argentina, pero como antes dijera, no comparto esta postura en cuanto a la ilicitud en la Argentina. Entiendo que el almacenamiento para uso privado en el disco duro del ordenador o en un elemento externo, es una actividad siempre lícita con independencia de si la normativa contempla la copia privada o no, ya que es una actividad normal e inherente a Internet y debe considerarse que el titular del derecho autorizó tácitamente a este accionar en la medida en que al introducir o autorizar la introducción de la obra al sitio, no condicionó este accionar al cumplimiento de algún requisito.

La impresión en papel de una obra a la que se ha accedido a través de Internet, plantea también un interesante tema de debate. Una práctica común de mucho usuarios de Internet es la de imprimir en soporte papel el texto de la obra a la que se ha accedido en la red. Múltiples pueden ser los motivos que llevan al usuario a ello. Muchas veces disminuir el tiempo de conexión a la red, extensión de la obra, preferir la visualización en papel en lugar de la visualización en pantalla, etcétera.

Evidentemente ésta impresión de la obra implica también un acto de reproducción por parte del usuario, pero creo que aquí la situación es diferente del caso anterior analizado. Al imprimir la obra en un soporte papel, el usuario está saliendo de la actividad inherente a Internet y consecuentemente ésta reproducción debe ser juzgada con mayor severidad, y dependiendo de diferentes circunstancias.

En efecto, podemos ver acá que en muchas páginas de Internet, al acceder a la obra, existe un botón a los fines de la impresión de la misma, que nos deriva a nuestra impresora. Otras obras en cambio, y yo diría que la mayoría, no proveen tal posibilidad pero no imposibilitan tampoco la impresión usando el sistema del ordenador. Por último existen obras que se encuentran en formatos que no permiten su impresión.

Creo entonces que en el caso de las dos primeras, al haber el autor autorizado la inclusión de su obra en el sitio con tal característica que posibilita su impresión en papel, no solo autorizó su visualización sino también autorizó la impresión de la obra en soporte papel a los fines del uso privado del usuario. De no aceptar esta postura, y por aplicación directa del texto de muchas legislaciones, la impresión de la obra por parte del usuario implicaría un acto de reproducción no autorizado.

Distinta es la situación de la obra que se encuentra incorporada en un formato que impide su impresión. En este caso y si el usuario violando esa imposibilidad, como es posible hoy en día, imprime la obra, está cometiendo un ilícito

VI. EL CONCEPTO DE REPRODUCCIÓN EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES

El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas establece en su artículo 9: *1) Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma. 2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. 3) Toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción en el sentido del presente Convenio:* se establecieron así a nivel internacional las bases de la protección de las obras intelectuales y el derecho exclusivo de sus autores para autorizar su reproducción por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.

Los términos “por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma” empleados en el párrafo primero de este artículo 9 de la Convención para determinar el alcance de la reproducción, vemos que son muy amplios e incluyen a la fijación permanente o transitoria de la obra en el ordenador, o en cualquier soporte digital, así como también la impresión de esa obra digitalizada y que al pasar al papel vuelve a materializarse.

Este concepto se encuentra reafirmado en el párrafo 3 de la normativa al establecer: "Toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción en el sentido del presente Convenio".

Asimismo el artículo 20 del Convenio de Berna establece: "Los Gobiernos de los países de la Unión se reservan el derecho de celebrar acuerdos especiales entre ellos, en tanto estos acuerdos confieran a los autores derechos más amplios que los otorgados por la Convención, o contengan otras cláusulas que no sean contrarias a esta Convención".

Tanto en la época que fue firmado el Convenio de Berna como en la de sus sucesivas enmiendas, no se presentaba aún el problema de la reproducción en Internet a que nos estamos refiriendo. De allí que este Convenio no contempla tales situaciones, estableciendo sólo el principio del derecho de los autores a autorizar la reproducción y disponiendo que los Estados podrían excepcionarse de este principio en casos especiales.

Pero sin perjuicio de lo establecido en Berna, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) participó luego activamente en los debates internacionales relacionados con el establecimiento de una nueva normativa que protegiese a los derechos de autor incluyéndose expresamente su divulgación por Internet, ya que la normativa del Convenio de Berna se hacía insuficiente y no adecuada frente a la irrupción de Internet.

En 1996 se celebró en Ginebra la Conferencia Diplomática de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Ciertas Cuestiones relativas a los Derechos de Autor y Derechos Vinculados, adoptándose allí dos tratados de singular importancia: el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (conocido como TODA o WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (conocido como TOIEF o WPPT).

A estos tratados se ha dado en llamar "tratados de Internet", ya que contienen una serie de cláusulas que ofrecen ciertas respuestas, creo insuficientes, a los desafíos impuestos por la tecnología digital y al entorno de Internet.

El primero de estos tratados, el TODA o WCT, en su artículo 1.1 establece que: *El presente Tratado es un arreglo particular en el sentido del Artículo 20 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, en lo que respecta a las Partes Contratantes que son países de la Unión, establecida por dicho Convenio. El presente Tratado no tendrá conexión*

con tratados distintos del Convenio de Berna ni perjudicará ningún derecho u obligación en virtud de cualquier otro tratado.

Vemos así que conforme esta norma no puede aceptarse ninguna interpretación del WCT que pueda ocasionar una reducción de la protección otorgada por la Convención de Berna.

Es de destacar también que el artículo 1.4 reafirma la obligación de cumplimiento del Convenio de Berna, al establecer: Las Partes Contratantes darán cumplimiento a lo dispuesto en los Artículos 1 a 21 y en el Anexo del Convenio de Berna.

En la declaración concertada respecto del artículo 1.4 se establece: *El derecho de reproducción, tal como se establece en el Artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del Artículo 9 del Convenio de Berna.*

Destaco que esta declaración concertada respecto del artículo 1.4 del WCT, introduce el entorno digital en la protección de los derechos de autor, y entiende comprendido dentro del concepto de reproducción, “el almacenamiento de una obra en formato digital en un soporte electrónico”, por lo que incluiría dentro del concepto de reproducción protegida a todo tipo de reproducción de una obra, ya sea esta temporal o definitiva. Esta es mi interpretación, ya que el Tratado no contiene ninguna referencia expresa, como se preveía en la propuesta básica de dicho tratado, que contemplaba el caso de la reproducción directa o indirecta de las obras, tanto permanente como provisional, por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.

Pero justamente aceptando el problema que plantea la reproducción temporal o la reproducción permanente en el disco del usuario, tema al que nos referimos en el punto V, entiendo que el Convenio en su artículo 10 posibilita una apertura del sistema al admitir que los Estados podrán prever en sus legislaciones limitaciones al derecho de reproducción del autor, en circunstancias como las que hemos analizado de reproducción temporal o permanente en el disco del usuario de Internet.

Es así como este artículo 10 establece:

1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. 2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

La declaración concertada respecto del artículo 10 establece:

Queda entendido que las disposiciones del Artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital. También queda entendido que el Artículo 10.2) no reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna.

Con fundamento en esta normativa convencional, algunas legislaciones han contemplado expresamente estas situaciones de utilización de la obras en formato digital, o han incorporado la excepción de copia privada. Tal es el caso de México en donde el artículo 148 en su apartado IV establece la copia privada cuando sea por una sola vez, y en un solo ejemplar, de una obra literaria o artística, para uso personal y privado de quien la hace y sin fines de lucro.

Con relación a la Argentina, pese a que el tratado de la OMPI ha sido ratificado por ley, las normas referidas no han pasado a integrar el marco normativo argentino, atento a que por su redacción, son normas meramente programáticas que requieren el dictado de una normativa expresa.

Es de esperar que la normativa Argentina, que no contempla a la copia privada dentro de las excepciones al derecho de reproducción en Internet, introduzca futuras y urgentes modificaciones estableciendo las excepciones al derecho de reproducción que resultan de algunas situaciones referidas a la incorporación de la obra intelectual al entorno digital.

Mientras que ello no ocurra, nos guste o no nos guste, nos encontramos en una situación en la que conforme al marco legal actual argentino, y si aplicásemos con estrictez la ley, todos los días al navegar y/o trabajar en Internet, cometeríamos actos violatorios de nuestro sistema legal.

VII. LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ÁMBITO DIGITAL

Como ya lo expresamos, la protección de la obra intelectual que el Convenio de Berna y las diferentes legislaciones han establecido, está pensada fundamentalmente para la obra escrita en formato papel o para la obra musical o audiovisual en formatos tradicionales, lo que hace que muchas situaciones de violación de los derechos de propiedad intelectual que se producen en el mundo informático o de Internet no encuentren una adecuada respuesta en este tipo de protección.

De allí que sea importante analizar en qué forma se pueden proteger los derechos de propiedad intelectual cuando ésta se vuelca al mundo virtual de la red Internet, y en este análisis indudablemente nos tenemos que referir a las medidas tecnológicas de protección.

Las medidas tecnológicas de protección surgen como una respuesta técnica a la creciente violación de los derechos de los autores sobre sus obras intelectuales. Se podría definir a las medidas tecnológicas de protección como sistemas informáticos cuya función es controlar y, en caso que sea necesario, impedir o restringir el uso en Internet de obras intelectuales protegidas por derechos de propiedad intelectual.

Las medidas tecnológicas son entonces la respuesta al intento de violar el derecho de propiedad intelectual de los autores y editores sobre sus obras, pero resulta también que ante esas medidas tecnológicas surge ya hoy en día un nuevo intento como es el de eludir tales medidas tecnológicas.

De allí entonces que no sólo interesa analizar cuáles son las medidas tecnológicas de protección, sino también intento ver, valga la aparente redundancia, cómo podemos proteger a esas medidas tecnológicas frente a los actos que tratan de violarlas, actos éstos a los que se ha llamado actos elusivos.

Conforme la OMPI,⁵ existen cuatro categorías de medidas tecnológicas de protección

- Medidas que protegen efectivamente un acto sujeto al derecho exclusivo de los autores;
- Sistemas de acceso condicionado;
- Dispositivos de marcado e identificación de las obras, y
- Sistemas de gestión de derechos digitales DRM – *Digital Right Management*.

La primera categoría se refiere a ciertos dispositivos tecnológicos cuya finalidad es impedir que se realicen determinados actos que implican una violación al derecho de propiedad intelectual sobre una obra. Tal el caso de los dispositivos que impiden imprimir o copiar una obra de Internet.

La segunda categoría, referida de los sistemas de acceso condicionado, refiere a técnicas que condicionan el acceso a un sitio o a una obra incorporada a ese sitio, al cumplimiento de alguna condición preestablecida.

Tal el caso de los sitios que exigen una clave o contraseña previa al ingreso al sitio o a la obra protegida, o que utilizan sistemas criptográficos o de firma digital para posibilitar tal acceso. Notemos que estos sistemas controlan sólo el acceso inicial al sitio u obra.

La tercera categoría cumple una función diferente, ya que son técnicas que tienden a marcar e identificar de alguna forma a las obras protegidas, proveyendo así al titular del derecho una forma de demostrar que la obra ha sido reproducida indebidamente. Tal el caso de la impresión en las obras protegidas de filigranas visibles o invisibles (esteganografía), marcas de agua (*watermarks*), u otras técnicas de marcado. Su función básica es informar sobre la utilización indebida de la obra y servir como prueba a la hora de tener que demostrar esa reproducción indebida.

Por ultimo la OMPI se refiere a sistemas de gestión de derechos digitales, *Digital Right Management* (DRM), que son tecnologías utilizadas para la gestión de los derechos mediante sistemas que difunden y gestionan la utilización de las obras protegidas.

Las dos grandes funciones que cumplen los DRM son

- La gestión de los derechos digitales, identificando y describiendo las obras así como poniendo las reglas a cumplir para su utilización, y

⁵ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Taller Sobre Cuestiones de Aplicación del Tratado de la OMPI, sobre derecho de autor (Wct) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (Wppt) - Ginebra, 6 Y 7 de diciembre se 1999.

- La certificación de los contenidos, haciendo cumplir las reglas.

Estas cuatro categorías descriptas por la OMPI pueden encontrarse muchas veces en forma única o complementándose entre sí, y tienden todas a proteger a la obra intelectual, fundamentalmente frente a su reproducción ilícita, ilicitud que deviene del legítimo derecho exclusivo de los autores y editores sobre sus obras.

Debo destacar también cuatro aspectos que, en mi opinión, las medidas tecnológicas de protección deben contemplar para ser válidas y obtener entonces la protección de la ley.

Me refiero a que toda medida tecnológica:

a) Debe ser eficaz o efectiva. La medida tecnológica que puede ser violada por cualquiera no es eficaz y consecuentemente no es valida ni debe obtener la protección legal. Tal criterio es tomado tanto por los Tratados Internet como por la Directiva Europea.⁶

b) No debe producir daño a los equipos de los usuarios. Es ilustrativo lo ocurrido no hace mucho tiempo en Estados Unidos y Europa cuando una importante empresa discográfica incorporó a gran cantidad de cd de música un sistema anticopia defectuoso que, al ser reproducidos esos cd en las computadoras, produjeron importantes daños, que obligaron a esta empresa a retirar del mercado esos cd , debiendo además resarcir por los daños causados.

c) No puede invadir la privacidad de los usuarios. En el choque entre la medida tecnológica y la privacidad del usuario, debe primar sin duda alguna la privacidad de éste, aunque con ello se desproteja a la obra.

Un interesante caso al respecto es la utilización como parte de la medida tecnológica de protección de cookies, que obtienen y difunden informaciones personales del usuario y violan de esta forma su privacidad.

d) No puede dejar de informarse al consumidor sobre cualquier consecuencia querida o no querida que pudiera causarse, como podría ser una medida tecnológica anticopia que en determinados equipos impidiese la lectura del contenido protegido.

Pero así como se han desarrollado estas diversas tecnologías para proteger a las obras, también se han creado mecanismos destinados a eludir estas medidas tecnológicas.

A estos actos elusivos se los ha denominados "*hacking*" (ataque), e implican la manipulación de las medidas tecnológicas con la finalidad de limitar o eliminar su finalidad protectoria.

⁶ La Directiva 2002/29/CE establece en su art. 6.3 2 parte: “*las medidas tecnológicas se considerarán “eficaces” cuando el uso de la obra o prestación protegida esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control de copiado, que logre este objetivo de protección*”

Frente a estos mecanismos elusivos es necesario, entonces, implementar una nueva protección contra las acciones elusivas de las medidas tecnológicas,

Podríamos decir entonces que se trata de dos soluciones distintas y complementarias entre si, la primera de carácter técnico tiende a proteger a la obra, y la segunda, de carácter jurídico y que es complementaria de la primera, trata de dar una protección no ya técnica sino jurídica frente al acto violatorio o elusivo de la protección técnica.

Esta protección jurídica frente al acto elusivo está dirigida fundamentalmente:

- A prohibir tales actos elusivos;
- A prohibir y/o controlar los dispositivos y/o servicios que puedan utilizarse a tal fin. Recordemos aquí que muchas veces existen dispositivos y/o servicios con múltiples usos, muchos de ellos lícitos, pero también en algunos casos con finalidades elusivas de las medidas de protección, y
- A regular las limitaciones y/ excepciones a la protección contra los actos elusivos en determinados casos.

Un tema interesante y conflictivo es de los dispositivos y/o servicios que si bien pueden servir para eludir medidas tecnológicas de protección de la propiedad intelectual tienen también otros usos legítimos y ajenos a la violación de derechos.

Se ha establecido así que los dispositivos y/o servicios que deben ser prohibidos son aquellos que han sido especialmente diseñados o producidos con la única o principal finalidad de eludir un mecanismo de control de acceso o de copia, excluyéndose así de la ilicitud a los dispositivos que tengan otros usos comerciales significativos que no sean de elusión.

Tal es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en los dos precedentes Betamax⁷ y Grokster.⁸

¿Actos de elusión de medidas tecnológicas permitidos por la ley?

⁷ Corte Suprema Americana en autos *Sony versus Universal Studios* (Caso Betamax) del 17 de enero de 1984. En este caso, Universal Studios y otras empresas acusaron a Sony, afirmando que sus equipos grabadores de cintas de video (VCRs) contribuían a infringir los derechos de copyright. La Corte reconoció que los equipos podrían ser empleados con fines ilícitos, pero que también podían generar usos que no infringían los derechos de autor, como era la realización de copias para uso privado cubiertas por la doctrina del fair use, por lo que absolió a Sony. Se estableció así que “No se puede prohibir el desarrollo de una tecnología cuando existen usos legítimos de la misma y que no puede considerarse culpable a una empresa por el uso ilegal que los usuarios le den a su tecnología”.

⁸ Veinte años después de Betamax, el 27 de junio de 2005, la Corte Americana tuvo oportunidad de pronunciarse nuevamente sobre el tema en el caso “*Metro Goldwyn Mayer (MGM) versus Grokster*”. Se demandó allí a Grokster por distribuir software que permitía a los usuarios conectarse entre sí e intercambiar distintos archivos con contenidos multimedia (música, imágenes, etcétera.) Se hizo lugar a la demanda condenando a Grokster, por considerar que alguien que distribuye un producto con el único objetivo de promover su uso para infringir el copyright puede ser responsabilizado de lo que hagan terceras partes con su producto.

Pareciera que esta pregunta es absurda o contradictoria. ¿Cómo puede ser que existan actos de elusión permitidos por la ley?

Pero efectivamente, existen tales actos y ellos derivan de ciertas situaciones especiales en las que las legislaciones han contemplado la permisibilidad del acto elusivo en beneficio de determinados intereses especiales.

Notemos que los propios tratados de Internet contemplan tales situaciones cuando en la parte final de los arts. 11 (WCT) y 18 (WPPT) expresan: “... y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados.... o permitidos por la Ley”.

Las medidas tecnológicas pueden impedir el acceso a obras que ya han pasado al dominio público y respecto de las cuales, consecuentemente, su uso o reproducción es libre, o impedir el acceso a obras que legalmente no se encuentran protegidas, como son las normas legales o la jurisprudencia de los tribunales de justicia.

Encontramos también situaciones que las legislaciones han considerado como excepciones al derecho exclusivo de reproducción.

Esta última situación pueda darse fácilmente en legislaciones que permiten la copia privada (España y México), el *fair use* (EE.UU.), o en las que existen importantes excepciones como las referidas a los no videntes, a las bibliotecas, a la ingeniería reversa, a la investigación sobre encriptación, etcétera.

¿Cómo lograr entonces establecer la prohibición del acto elusivo, sin afectar estos casos especiales en que tal acto elusivo no es ilegal, ya que conforma una excepción al derecho?

Algunas legislaciones al establecer la ilicitud de los actos elusivos han contemplado además estas situaciones excepcionales, estableciendo que los titulares de los derechos deben garantizar la libre utilización de la obra en los casos de excepción. Otras, en cambio, han establecido la ilicitud genérica del acto elusivo y, como excepción, la licitud del acto elusivo cuando el mismo solo tiene como objetivo la obtención de una obra protegida tecnológicamente, respecto de la cual existe una excepción al derecho exclusivo de autorizar su uso o reproducción.

Se ha dicho también que para que el acto elusivo sea lícito, debe cumplirse con la prueba de las tres fases consagrado por el artículo 9.2 del Convenio de Berna,⁹ en cuanto a que:

- a) La excepción sólo puede tener lugar en caso especiales;
- b) La excepción sólo puede ejercerse cuando no atente contra la explotación normal de la obra, y
- c) La excepción no debe causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

El artículo 11 del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor de 1996, y con relación a las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas, establece:

Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley.

Por su parte el artículo 18 del Tratado de la OMPI sobre Fonogramas de 1996, y con relación a las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas, establece:

Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por artistas intérpretes o ejecutantes o productores de fonogramas en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado y que, respecto de sus interpretaciones o ejecuciones o fonogramas, restrinjan actos que no estén autorizados por los artistas intérpretes o ejecutantes o los productores de fonogramas concernidos o permitidos por la Ley.

Podemos ver que tanto en el Tratado sobre Derecho de Autor (WCT) como en el Tratado sobre Fonogramas (WPPT) se establece la protección contra la acción elusiva de la medida tecnológica, pero no se precisa cómo debe darse esa protección ni qué actos deben ser prohibidos.

En particular no se contemplan las situaciones preparatorias de la acción elusiva, como son:

⁹ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, artículo 9 : “1) Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma. 2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. 3) Toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción en el sentido del presente Convenio”.

- a) La fabricación de dispositivos técnicos, y
- b) La comercialización de tales dispositivos técnicos.

Vemos también que en la parte final de ambas normativas se establece la posible existencia de ciertas situaciones en que, ya sea por autorización de los autores o por imperativo legal, se podría eludir la medida tecnológica.

Pese a que tanto la República Argentina como México han suscrito los tratados internet de la OMPI y que estos imponen el dictado de una normativa nacional que fije una efectiva prohibición a determinados actos elusivos, lamentablemente tal normativa aún no se ha dictado en ninguno de los dos países, quienes han incumplido consecuentemente con la obligación asumida al firmar y aprobar por ley los referidos tratados.

Con relación a la Argentina, algunos autores consideran que es posible invocar una protección jurídica contra los actos elusivos de las medidas tecnológicas, a nivel civil, fundándose en la operatividad normativa que atribuyen a los tratados Internet.

Afirman que ello es posible, teniendo en cuenta:

- a) Que los tratados Internet de la OMPI fueron suscriptos por la República Argentina;
- b) Que dichos tratados fueron aprobados por la Ley 25140;
- c) Que conforme al artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes;

d) Que la Corte Suprema de Justicia ha establecido que: cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contempla, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso.¹⁰

Personalmente no comparto esta opinión, en cuanto a la operatividad de los tratados Internet en la Argentina.

¹⁰ Corte Sup., 07/07/1992 - Ekmekdjian, Miguel Ángel vs Sofovich, Gerardo y otros.

Creo que tanto la redacción del texto del artículo 11 del Tratado sobre Derechos de Autor como del texto del artículo 18 del Tratado sobre Fonogramas, no permiten afirmar su inmediata operatividad en la Argentina, por tratarse de normas programáticas, que requieren el dictado nacional de una normativa expresa.

Pese ello, creo que la Ley 11723 y el régimen de responsabilidad de nuestro Código Civil, posibilita fundar la plena responsabilidad civil de quienes efectúen intencionalmente actos elusivos de medidas tecnológicas de protección, y de esta forma causan un daño, basándose para ello en criterios de responsabilidad subjetiva , conforme los artículos 1109 y 512 del Código Civil.

Destaco también que el artículo 79 de la Ley 11723 menciona entre las medidas preventivas que pueden decretar los jueces a “toda medida que sirva para proteger eficazmente los derechos que ampare esta ley”.

Considero también que tal protección contra la elusión no existe a nivel penal por falta de expresa tipificación legal, por lo que tanto los actos preparatorios como los propios actos se elusión en ningún caso configuran delito en la República Argentina.

Es de esperar que el tema sea contemplado por los poderes del Estado y que se promueva una normativa expresa que de cumplimiento a la obligación asumida por nuestro país en los tratados Internet, en cuanto a proporcionar protección jurídica contra las acciones elusivas de las medidas tecnológicas de protección de la propiedad intelectual.

En México en la Ley Federal de Derechos de Autor sólo encontramos dos normas referidas a la elusión, pero que se refieren fundamentalmente a los programas de computación. Tales son los artículos 112 y 231 inc.V, que establecen:

“Art. 112: Queda prohibida la importación, fabricación, distribución y utilización de aparatos o la prestación de servicios destinados a eliminar la protección técnica de los programas de cómputo, de las transmisiones a través del espectro electromagnético y de redes de telecomunicaciones y de los programas de elementos electrónicos señalados en el artículo anterior.”

“Art. 231: Constituyen infracciones en materia de comercio las siguientes conductas cuando sean realizadas con fines de lucro directo o indirecto: ...V. Importar, vender, arrendar o realizar cualquier acto que permita tener un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación;...”

Por su parte, también el Código Penal Federal establece en el artículo 424 bis: “Se impondrá prisión de tres a diez años y de dos mil a veinte mil días multa:....II. A quien fabrique con fin de lucro un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación.”.

Prestigiosos autores han considerado que estas normas sólo se refieren a los programas de computación y no a la obra en formato digital, y que México no ha cumplido con el compromiso asumido al suscribir los tratados Internet de la OMPI.¹¹

No hace mucho se intentó incorporar al artículo 424 del Código Penal Federal, un nuevo inciso, el 424 quater, que penalizaba la elusión de las medidas tecnológicas de protección. Tal iniciativa no fue aprobada.

Es de esperar entonces que tanto la Argentina como México cumplan con los tratados Internet e incorporen a la brevedad en sus legislaciones normas que protejan contra la elusión de las medidas tecnológicas de protección.

¹¹ Velázquez Vértiz, Sergio, La obra en formato digital y las medidas tecnológicas de protección, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2634/11.pdf>