
From: Noé Adolfo Riande Juárez
Sent: Monday, 30 December 2019 12:35 AM
To: ai2ip
Subject: Formulario de contacto de la OMPI: Impact of AI on IP Policy: Call for Comments (30.12.2019 00:35:22)
Attachments: Medidastecnolgicasparaproteccindelosederechosdeautor-Anlisisjuridicocomparado12032013-22082015pdf

Tema: Inteligencia artificial

Subtema: Impact of AI on IP Policy: Call for Comments

Pregunta: Los Derechos conexos de las obras publicadas por internet a través de distintas plataformas, son pagados a través de una serie de cálculos realizados a partir de lo que registran sistemas tipo firewall que administran las conexiones y accesos a las obras, de conformidad con tabulaciones de precios-por-servicios preestablecidas, sin que se conozca hasta que punto los pagos por derechos conexos son justos o si se adecuan (y en cual medida) a las fluctuaciones que tienen en el mercado dichos precios-por-servicios. La inteligencia artificial puede asegurar que los pagos sean justos independientemente de las variables que hagan fluctuar los precios ¿se tiene contemplado este aspecto?

Attachment: Medidastecnolgicasparaproteccindelosederechosdeautor-Anlisisjuridicocomparado12032013-22082015pdf (823399KB)

Nombre: Noé Adolfo

Apellido: Riande Juárez

Sociedad/Organización: División de estudios de Posgrado de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México

ID: 213123

Time Stamp: 30.12.2019 00:35:22

Recipient: ai2ip@wipo.int

MEDIDAS TECNOLÓGICAS PARA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR – ANÁLISIS JURÍDICO COMPARADO

por Mtro. NOÉ ADOLFO RIANDE JUÁREZ
Director de Investigación; y
Mtra. IVONNE CAROLINA FLORES
ALCÁNTARA¹

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Tutela de los Derechos de Autor en los Estados Unidos Mexicanos (2.1. Tutela en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 2.2. Tutela en la Ley Federal de Derechos de Autor. 2.3. Medidas tecnológicas en la Ley Federal de Derechos de Autor. 2.4. Medidas tecnológicas en la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2.5. Tutela en el Código Penal Federal. 2.6. Funciones del Instituto Nacional del Derecho de Autor.); 3. Medidas Tecnológicas (3.1. Cómo deben ser las Medidas tecnológicas. 3.2. Tipos de interoperabilidad posibles con las Medidas tecnológicas. 3.3. Correctivos en sentido amplio. 3.4. Excepciones.); 4. Tratados internacionales que contienen alguna referencia sobre Medidas Tecnológicas (4.1. El Tratado con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derechos de Autor. 4.2. Tratado con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución y Fonograma); 5. Disposiciones relevantes en el sistema de *Common Law* (5.1. Reino Unido. 5.2. Estados Unidos.); 6. Propuestas generadas en el *Common Law* para proteger los Derechos de Autor en Internet y reacciones en el ámbito internacional (6.1. El Acuerdo Comercial Anti Falsificación (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*, o por su acrónimo “ACTA”). 6.2. Ley para detener la piratería en Línea (*Stop Online Piracy Act* o SOPA). 6.3. Reporte de Naciones Unidas sobre la libertad de opinión y expresión.); 7. El Sistema de la Unión Europea (7.1. El caso de la Sociedad Belga de Autores, compositores y editores vs Scarlet.); 8. Reformas en el Derecho Mexicano que incorporan los Principios del Acuerdo Comercial anti Falsificación y de la Ley para detener la piratería en Línea (8.1. Análisis en el marco constitucional mexicano por la incorporación de Principios provenientes de *Common Law*.); 9. Conclusiones; 10. Bibliografía.

¹ **Mtro. Noé Adolfo Riande Juárez**, abogado por la Universidad Veracruzana, Maestro en Filosofía del Derecho por la *Università degli Studi di Roma “La Sapienza”*, especialista en “Recuperación electrónica de documentación (jurídica)” por la *Corte Suprema di Cassazione* italiana; Presidente fundador de la Asociación Nacional de Investigadores en Informática Jurídica, A.C.; Catedrático de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y catedrático por invitación de la Maestría en Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas, ambas, de la Universidad Nacional Autónoma de México; y actualmente Director de Investigación del Centro de Estudios Superiores en materia de Derecho Fiscal y Administrativo del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Mtra. Ivonne Carolina Flores Alcántara, es Maestra en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; Asociada del despacho RIANDE & Assoc.; y ha sido: Asistente de Investigador del Despacho Elvia Arcelia Quintana Adriano; Auxiliar Académico del Seminario de Estudios sobre el Comercio Exterior de la Facultad de Derecho de la UNAM; y Traductor Jurídico en Cruz González Abogados S. C.

Resumen: En este ensayo se analizarán las propuestas que actualmente se han hecho presentes en el ámbito jurídico nacional con el objeto de regular los Derechos de Autor en el contexto de internet y las tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs), considerando que son propuestas generadas en el ámbito del Common Law o a sugerencia de lo dispuesto en él. Se parte de considerar que la figura jurídica del copyright por sus orígenes, sólo tiene en común con la protección del Derecho de Autor del Sistema Jurídico Mexicano de corte continental, la tutela de los derechos económicos, se revisa comparativamente lo dispuesto por tratados internacionales y ordenamientos del sistema del Common Law, se revisa la solución que ofrecen sus recientes propuestas normativas ofrece para el ámbito digital (el empleo de las llamadas “Medidas Tecnológicas”), y plantea la necesidad de crear un marco jurídico adecuado para regular la protección del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en dicho ámbito digital que no se transforme en el establecimiento de mecanismos violatorios de los Derechos Humanos.

Palabras clave: Derecho de acceso a la información, Derechos de Autor, Derechos de copia, Derecho de privacidad, Derechos Humanos, Firewalls, Internet, Libertad de expresión, Libertad de Internet, Medidas cautelares, Medidas Tecnológicas, Protección de datos personales, Proveedores de servicios de Internet, ACTA, SOPA, Ley Döring.

Abstract: *This essay makes an analysis of the proposals that intend to regulate copyrights within the context of Internet, Information and Communication Technologies (ICT's), due to the fact that this issue has been scoped in recent months in our domestic legal system. We have to consider that the proposals that intend to protect copyrights are developed within the framework of Common Law or as a suggestion therein. The analysis exposes the flaw related the misunderstanding of Common Law protection of Copyright; our Legal system has a continental tradition; therefore the subtle common point of these two systems is the protection of economic rights. So it is need to create an adequate legal framework that extends legal protection in Copyright and Neighboring Rights within digital realm (the use of so-called "technological measures") in order to create a solution that does not become a ruling of mechanisms that could infringe Human Rights with the so called technological measures.*

Keywords: *Right of Access to Information, Copyrights, Privacy Law, Human Rights, Firewalls, Internet, Freedom of Expression, Internet, Freedom of Speech, Precautionary Measures, Technological Precautionary Measures, Protection of Personal Data, Internet Service Provider, ACTA, SOPA, Döring Law.*

1. INTRODUCCIÓN

El problema de la piratería por Internet es una de las cuestiones más relevantes para la protección de los Derechos de Autor en el entorno digital; ha provocado perjuicios injustificados a los titulares de Derecho de Autor, en particular, a los titulares de los Derechos Conexos al Derecho de Autor (intérpretes, reproductores, comercializadores, industria del espectáculo, industria editorial, etc.); por lo que los Estados están obligados a legislar sobre el empleo de Medidas Tecnológicas para controlar el acceso y la explotación ilícita de las obras protegidas por el Derecho de

Autor y Derechos Conexos, sin que se llegue a excesos que hagan de la aplicación de tales tecnologías una vulneración a muchos otros derechos, como es el caso del Acuerdo comercial Anti-Falsificación o ACTA (por sus siglas en inglés: *Anti-Counterfeiting Trade Agreement*), de la Ley para detener la piratería en Línea o SOPA (por sus siglas en inglés: *Stop Online Piracy Act*), de la Ley Döring, etc.

Para abordar este tema, se comienza por revisar qué establece nuestra legislación en materia de Derechos de Autor; se hacen precisiones sobre el fenómeno de las llamadas “Medidas Tecnológicas” en general, se revisa si existen tratados internacionales que pudieran ser supletorios de las limitaciones que se encuentren en nuestro derecho; se examina que es lo que estipulan las legislaciones de los Estados Unidos y del Reino Unido; y con todos los elementos de juicio recabados, se pasa a revisar las propuestas concretadas en el ACTA, en la SOPA y en la Iniciativa del Senador Döring para –recogiendo también manifestaciones recientes en otras partes del orbe-, llevar a cabo un análisis que permita determinar hasta qué punto son adecuadas para el marco jurídico establecido por nuestra legislación; y por tanto, qué tipo de protección jurídica se otorga en el medio digital y cuál se debe ofrecer. De manera tal que al llegar a las conclusiones, se destacarán los elementos que resultan más relevantes y que posibilitan que el legislador justifique y vuelva aplicable el Estado de Derecho, en vez de caer en la generación de una “normocracia”.²

2. TUTELA DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

La presencia y discusión en el ámbito jurídico nacional e internacional de propuestas normativas procedentes del sistema del *Common Law*, en opinión de los autores, hacen parecer que nuestra legislación en materia de Derechos de Autor es inadecuada, y tal afirmación deriva de la ausencia de medidas para que el creador de una obra reciba una compensación equitativa por el uso y explotación de su obra en el ámbito digital en lo general; en lo particular, para permitir el empleo de ciertos recursos provisionales de *acceso, descarga, reproducción y conservación* de la obra, mejor conocidos como Medidas Tecnológicas, que con el fin de fomentar el uso lícito de la producción autoral, entre otras soluciones, se suelen emplear en el ámbito digital. Situación que en síntesis, se traducen en la ausencia de procedimientos efectivos para proteger los derechos autorales en medios digitales de conformidad con nuestra tradición jurídica de tipo continental.

Para corroborar lo expuesto, habremos de analizar lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley Federal de Derechos de Autor, el Código Penal Federal y el Código de Comercio, así como en otras disposiciones y

² Concepto empleado en el ámbito del Derecho Administrativo para referir a aquel Estado donde se generan leyes que no se aplican o se aplican sin mirar a la racionalidad de las mismas de tal suerte que aun existiendo normas para todo, el Estado de Derecho no es tal.

circunstancias convergentes con la tutela requerida.

2.1. Tutela en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

El párrafo décimo del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala:

*“En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios ... tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.”*³

El contenido del citado precepto establece una prohibición a los monopolios; pero establece una excepción: las obras de autores y artistas no entran bajo este supuesto. No obstante, más que un privilegio, se trata de una protección que la ley fundamental establece por tiempo determinado a fin que puedan explotar sus obras y garantizarles que puedan realizar mejoras sobre sus inventos.

Algunos tratadistas afirman que “el ordenamiento constitucional es permisivo” en cuanto a los privilegios que se les conceden a los creadores de obras intelectuales, y por otro lado prohibitivo hacia los monopolios.⁴ No obstante, ésta aparente contradicción encuentra una rápida explicación en otro precepto que de algún modo, casi siempre se encuentra presente en todas las constituciones del mundo y que en México lo encontramos en el tercer párrafo del artículo 27 constitucional:

*“La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, (...).”*⁵

Esto es, el derecho a la propiedad privada (como cualquier otro derecho –inclusive el de los autores) “está delimitado por la función social de la propiedad misma. Eso explica que el propietario de un terreno no pueda tenerlo improductivo o edificarlo a su voluntad. O que el dueño de un palacio histórico tenga que exhibirlo. Se revela, pues, el carácter limitado, no absoluto, del derecho de propiedad y la necesidad de que su ejercicio intensivo no resulte abusivo o antisocial”⁶.

Tal es la situación en nuestra Carta Magna y esto será considerado posteriormente para efectos de una lectura global de la situación prevaleciente en nuestro orden jurídico vigente.

³ Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 28, CÁMARA DE DIPUTADOS, HONORABLE CONGRESO DE LA UNIÓN, “Información Parlamentaria”, Leyes Federales Vigentes, México, 2011, en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>. Consultado el 29/11/ 2011.

⁴ Cfr. Loredó Hill, Adolfo, Nuevo Derecho de Autoral Mexicano, 1ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2000. pag.67.

⁵ *Ibidem*. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 27. Nota 2, En: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>. Consultado el 29/11/ 2011.

⁶ Cfr. Gómez Puente, Marcos (Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Cantabria) en “Propiedad Intelectual”, artículo publicado en el blog “DOMINIO PÚBLICO” del diario español “Público”: <http://blogs.publico.es/dominiopublico/4676/la-propiedad-intelectual/>. Consultado el 28.01.2010.

2.2. Tutela en la Ley Federal de Derechos de Autor

Esta Ley es reglamentaria del Artículo 28 Constitucional, y rebasa la Carta Magna porque va más allá de lo establecido en la propia ley fundamental; en virtud de establecer, más que medidas para que el autor se beneficie o haga mejoras a su obra, instituye el reconocimiento de los atributos morales y patrimoniales propios del Derecho de Autor.

En este ordenamiento se sigue el *droit de suite*;⁷ es decir, otorga una doble protección, dado que protege el derecho moral que tiene el autor así como el aspecto patrimonial que le sigue al mismo; esto es, el derecho que deriva de la paternidad de la obra.

Por ello, tratadistas de la talla de Adolfo Loredó Hill sostienen:

“En las legislaciones modernas se reconocen estos derechos como derechos morales del autor, que representan las facultades fundamentales y primordiales del creador. Los derechos patrimoniales o económicos nacen y se derivan de los derechos morales, de éstos dependen aquellos. Las prerrogativas morales existen siempre en el acto de creación intelectual, los atributos patrimoniales se originan al transmitirse estos derechos; si la obra del ingenio no se enajena, permanece en el patrimonio de su autor sin generarse derechos pecuniarios, que no tienen existencia propia.”⁸

La Ley Federal de Derechos de Autor establece que las personas físicas son consideradas como autores, porque dichas personas son las únicas capaces de crear una obra literaria o artística. En cambio, las personas morales únicamente pueden ser titulares o causahabientes de los derechos patrimoniales.

“...toda la materia de las personas jurídicas es un cúmulo de controversias. En este terreno todo es discutido: el concepto, los requisitos, los principios; muchos llegan hasta negar la existencia de las personas jurídicas diciendo que son un producto de la fantasía de los juristas. Y es singular que las numerosas y cada vez más agudas y penetrantes investigaciones, lejos de esclarecer el problema le han complicado y oscurecido; el multiplicarse las teorías, el choque de la polémica, la disparidad de las concepciones han complicado de tal manera el asunto, que la revisión del problema ha resultado entenebrecida.”⁹

Más adelante en el artículo 5, en este ordenamiento también se encuentra establecido aquel principio que insta que la autoría de las obras es protegida desde el momento en que son fijadas en un soporte material, dado que, tanto el

⁷ *Droit de suite* o “Derecho de continuación” o “Derecho de participación en la plusvalía”. Prerrogativa establecida en beneficio de los autores y sus descendientes, que consiste en recibir un porcentaje de las ventas sucesivas y participar de los aumentos de valor. Véase: Rangel Medina, David. “*El Droit de Suite de los autores en el derecho contemporáneo*”; en la página del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/3/dtr/dtr6.pdf>. Consultado el 04.01.2012.

⁸ *Ibidem*. Loredó Hill, Adolfo, *op. cit.*, nota 3, pag.67.

⁹ Cfr. Ferrara, Francisco, *Teoría de las personas jurídicas*, 2ª ed., traducida al español por Eduardo Ovejero y Maury, Madrid, Reus, 1929, p.3.

Derecho de Autor como los Derechos Conexos no requieren registro, documento o formalidad para su reconocimiento y protección:

“La protección que otorga esta Ley se concede a las obras desde el momento en que hayan sido fijadas en un soporte material, independientemente del mérito, destino o modo de expresión. El reconocimiento de los Derechos de Autor y de los Derechos Conexos no requiere registro ni documento de ninguna especie ni quedará subordinado al cumplimiento de formalidad alguna.”¹⁰

Este criterio, aun cuando evidentemente coincide con el Convenio de Berna (artículo 2.2) en cuanto a la protección de la autoría a partir de la fijación de la obra en un soporte material, dado que no existe alguna especificación que aclare si dicha fijación se da desde que está iniciando el proceso de creación o hasta que el producto es terminado y dispuesto para ser comercializado en algún formato específico, no falta quienes erróneamente pretenden que por “fijación en soporte material” se entienda aquella concreción que se da sólo hasta la conclusión del proceso creativo que permite enajenar la obra como producto; cuando ello sería cierto sólo si el objeto de la protección fuera la obra y no los derechos del individuo creador de la misma. En nuestro sistema, luego que el reconocimiento de la autoría no está condicionado al cumplimiento de alguna formalidad, el autor lo es, desde que su obra está plasmada en el soporte físico cualquiera sin que necesariamente tenga que esperar a que se publique o esté en algún soporte requerido para su comercialización.

Posteriormente también se enumera las obras que pueden caer dentro de la protección a los Derechos de Autor y se consideran por analogía las obras que puedan ser equiparadas como obras literarias o artísticas¹¹, y luego que no toda creación humana, constituye una obra intelectual conforme a esta legislación, se establecen ramas y sectores que no son objeto de protección del Derecho de Autor.¹² Evidenciándose con ambos preceptos que el objeto de protección es la forma y

¹⁰ Cfr. *Ley Federal del Derecho de Autor*, Artículo 5, CÁMARA DE DIPUTADOS, HONORABLE CONGRESO DE LA UNIÓN, “*Información Parlamentaria*”, *Leyes Federales Vigentes*, México, 2011; en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>. Consultado el 29/11/ 2011.

¹¹ *Ídem*, Artículo 13, “*Los Derechos de Autor a que se refiere esta Ley se reconocen respecto de las obras de las siguientes ramas: I. Literaria; II. Musical, con o sin letra, III. Dramática; IV. Danza; V. Pictórica o de dibujo; VI. Escultórica y de carácter plástico; VII. Caricatura e historieta; VIII. Arquitectónica; IX. Cinematográfica y demás obras audiovisuales; X. Programas de radio y televisión; XI. Programas de cómputo; XII. Fotográfica, XIII. Obras de arte aplicado que incluyen el diseño gráfico o textil; y, XIX. De compilación, integrada por las colecciones de obras, tales como las enciclopedias, las antologías, y de obras u otros elementos como las bases de datos, siempre que dichas colecciones, por su selección o la disposición de su contenido o materias, constituyan una creación intelectual. Las demás obras que por analogía puedan considerarse obras literarias o artísticas se incluirán en la rama que les sea más afín a su naturaleza.*”

¹² *Ídem*, Artículo 14, “*No son objeto de la protección como Derecho de Autor a que se refiere esta Ley: I. Las ideas en sí mismas, las fórmulas, soluciones, conceptos, métodos, sistemas, principios, descubrimientos, procesos e invenciones de cualquier tipo; II. El aprovechamiento industrial o comercial de las ideas contenidas en las obras; III. Los esquemas, planes o reglas para realizar actos mentales, juegos o negocios; IV. Las letras, los dígitos o los colores aislados, a menos que su estilización sea tal que las conviertan en dibujos originales; V. Los nombres y títulos o frases aislados; VI. Los simples formatos o formularios en blanco para ser llenados con cualquier tipo de información, así como sus instructivos; VII. Las reproducciones o imitaciones, sin autorización, de escudos, banderas o emblemas de cualquier país, estado, municipio o división política equivalente, ni las denominaciones, siglas, símbolos o emblemas de organizaciones internacionales gubernamentales, no gubernamentales, o de cualquier otra organización reconocida oficialmente, así como la designación verbal de los mismos; VIII. Los textos legislativos, reglamentarios, administrativos*

expresión autoral de las obras y no el aprovechamiento –comercial o no–, que pudiera deriva de utilizar las ideas, luego que la protección es para la expresión de las ideas del individuo (el autor) y no para las ideas por sí mismas.

No obstante, dado que la enajenación de la obra, es un objeto implícito de la regulación de la autoría desde la aparición del *copyright*, la citada ley también incluye la protección de los aspectos patrimoniales derivados de la autoría, incluidos los llamados “Derechos Conexos”.

La ley Federal del Derechos de Autor, en el artículo 231 regula las infracciones en materia de Derechos de Autor. Estas conductas tienen las siguientes características: que exista un fin de lucro directo o indirecto, y que constituyan una infracción en materia de comercio. ¹³

Y en este tipo de infracciones, la Ley Federal de Derechos de Autor remite a la Ley de Propiedad Industrial respecto a los procedimientos y formalidades que en este último ordenamiento se contemplan.

En su artículo 232, la Ley Federal del Derecho de Autor faculta al Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial para realizar investigaciones, ordenar y practicar visitas de inspección, requerir información y datos e inclusive emitir resoluciones de inspección de mercancía de libre circulación de procedencia extranjera en frontera, en los términos de la Ley Aduanera. ¹⁴

Finalmente, la inclusión de la protección de los aspectos patrimoniales derivados de la autoría, –comprendidos los llamados “Derechos Conexos”–, encuentra

o judiciales, así como sus traducciones oficiales. En caso de ser publicados, deberán apearse al texto oficial y no conferirán derecho exclusivo de edición; Sin embargo, serán objeto de protección las concordancias, interpretaciones, estudios comparativos, anotaciones, comentarios y demás trabajos similares que entrañen, por parte de su autor, la creación de una obra original; IX. El contenido informativo de las noticias, pero sí su forma de expresión, y X. La información de uso común tal como los refranes, dichos, leyendas, hechos, calendarios y las escalas métricas”.

¹³ *Ídem*, Artículo 231. “Constituyen infracciones en materia de comercio las siguientes conductas cuando sean realizadas con fines de lucro directo o indirecto: I. Comunicar o utilizar públicamente una obra protegida por cualquier medio, y de cualquier forma sin la autorización previa y expresa del autor, de sus legítimos herederos o del titular del derecho patrimonial de autor; II. Utilizar la imagen de una persona sin su autorización o la de sus causahabientes; III. Producir, reproducir, almacenar, distribuir, transportar o comercializar copias de obras, fonogramas, videogramas o libros, protegidos por los Derechos de Autor o por los Derechos Conexos, sin la autorización de los respectivos titulares en los términos de esta ley; IV. Ofrecer en venta, almacenar, transportar o poner en circulación obras protegidas por esta Ley que hayan sido deformadas, modificadas o mutiladas sin autorización del titular del Derecho de Autor; 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**; VI. Retransmitir, fijar, reproducir y difundir al público emisiones de organismos de radiodifusión y sin la autorización debida; VII. Usar, reproducir o explotar una reserva de derechos protegida o un programa de computo sin el consentimiento del titular; VIII. Usar o explotar un nombre, título, denominación, características físicas o psicológicas, o características de operación de tal forma que induzcan a error o confusión con una reserva de derechos protegida; IX. Utilizar las obras literarias y artísticas protegidas por el capítulo III, del Título VII de la presente Ley en contravención a lo dispuesto por el artículo 158 de la misma, y X. Las demás infracciones a las disposiciones de la Ley que impliquen conducta a escala comercial o industrial relacionada con obras protegidas por esta Ley.”

¹⁴ *Ídem*, Artículo 232, “Las infracciones en materia de comercio previstos en la presente Ley serán sancionados por el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial con multa: I. De cinco mil hasta diez mil días de salario mínimo en los casos previstos en las fracciones I, III, IV, V, VII, VIII y IX del artículo anterior; II. De mil hasta cinco mil días de salario mínimo en los casos previstos en las fracciones II y VI del artículo anterior, y III. De quinientos hasta mil días de salario mínimo en los demás casos a que se refiere la fracción X del artículo anterior. Se aplicará multa adicional de hasta quinientos días de salario mínimo general vigente por día, a quien persista en la infracción.”

confirmación en esta Ley, cuando en ella se establece como principio el “trato nacional” (igualitario para los autores extranjeros como si fueran nacionales), haciendo un renvío a los tratados internacionales que nuestro país ha ratificado en esta materia.¹⁵

2.3. Medidas Tecnológicas en la Ley Federal de Derechos de Autor

La Ley Federal del Derecho de Autor establece que las obras literarias y artísticas que se publiquen en periódicos o revistas que se transmitan en medios de difusión no pierden el derecho a la protección legal.¹⁶

Estas obras se pueden hacer del conocimiento del público mediante divulgaciones, publicaciones, comunicación pública, ejecución o representación pública, distribución al público y reproducción.

Las obras que se encuentran protegidas deben ostentar la abreviatura “D.R.” seguida del símbolo © o la expresión “Derechos Reservados”; también deberán llevar el nombre completo y dirección del titular del Derecho de Autor y el año de la primera publicación. La falta de estos elementos no produce la pérdida de los Derechos de Autor.

Sin embargo, en materia de Medidas Tecnológicas nuestro ordenamiento es impreciso pues al establecer la prohibición para: importar, fabricar, distribuir y usar aparatos que se encuentren destinados a eliminar la protección técnica de los programas de cómputo, de las transmisiones a través del espectro electromagnético y las redes de telecomunicaciones, si bien hace referencia a ellas, en ningún momento las explica ni reglamenta su empleo.¹⁷

Y aun cuando en los artículos 15 y 16 se prevé una protección para la autoría de las obras literarias y artísticas, así como de las interpretaciones o ejecuciones que sean transmitidas por medios electrónicos a través del espectro electromagnético y de las redes de telecomunicaciones; no se sabe a ciencia cierta si la protección de su autoría subsiste para las obras que sean transmitidas a través del cable, ondas radioeléctricas, satélite u otras similares, luego que en el artículo 114 de esta Ley se señala que en estos casos “deberán adecuarse, en lo conducente, a la legislación mexicana”. Veámoslo de cerca:

Artículos 15 y 16.- “La obra podrá hacerse del conocimiento público mediante... Divulgación;... Publicación;... Comunicación pública;... Ejecución o representación

¹⁵ *Ídem*, Artículo 7, “Los extranjeros autores o titulares de derechos y sus causahabientes gozarán de los mismos derechos que los nacionales, en los términos de la presente Ley y de los tratados internacionales en materia de Derechos de Autor y Derechos Conexos suscritos y aprobados por México.”

¹⁶ *Ídem*, Artículo 15, “Las obras literarias y artísticas publicadas en periódicos o revistas o transmitidas por radio, televisión u otros medios de difusión no pierden por ese hecho la protección legal.”

¹⁷ *Ídem*, Artículo 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.”

pública; ... Distribución al público, y ... Reproducción.”¹⁸

Pero el artículo 114 reza así:- “La transmisión de obras protegidas por esta Ley mediante cable, ondas radioeléctricas, satélite u otras similares, deberán adecuarse, en lo conducente, a la legislación mexicana y respetar en todo caso y en todo tiempo las disposiciones sobre la materia.”¹⁹

Pero en la Ley Federal de Telecomunicaciones nunca contempló nada al respecto, ni siquiera considerando el texto de las últimas reformas que se le hicieron en fecha 16 de enero de 2011, no obstante de que constaba de un Capítulo IV dedicado a reglamentar la operación de los servicios de telecomunicaciones.

En la actualidad del año 2015, posteriormente a la abrogación de dicha Ley por la promulgación de la nueva Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión del 14 de julio de 2014, después de revisar dicho ordenamiento se encontró que ya se incluyó una mención de los derechos de autor que sólo de manera marginal puede decirse –después de una interpretación extensiva–, que podría hacer referencia a alguna posible elusión de las medidas tecnológicas.²⁰

Asimismo, se encontró que en el Decreto por el que se promulgó dicho ordenamiento se incluyeron dos reformas a la Ley Federal del Derecho de Autor que al establecer limitaciones para el ejercicio de sus derechos, obligan de manera marginal a los titulares de los derechos patrimoniales y a los concesionarios de radiodifusión y

¹⁸ *Ibidem*. Ley Federal del Derecho de Autor, Artículo 15. En Nota 16, En: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>. Consultado el 29/11/ 2011;

Ídem, Artículo 16, “La obra podrá hacerse del conocimiento público mediante los actos que se describen a continuación:

- I. *Divulgación: El acto de hacer accesible una obra literaria y artística por cualquier medio al público, por primera vez, con lo cual deja de ser inédita;*
- II. *Publicación: La reproducción de la obra en forma tangible y su puesta a disposición del público mediante ejemplares, o su almacenamiento permanente o provisional por medios electrónicos, que permitan al público leerla o conocerla visual, táctil o auditivamente;*
- III. *Comunicación pública: Acto mediante el cual la obra se pone al alcance general, por cualquier medio o procedimiento que la difunda y que no consista en la distribución de ejemplares;*
- IV. *Ejecución o representación pública: Presentación de una obra, por cualquier medio, a oyentes o espectadores sin restringirla a un grupo privado o círculo familiar. No se considera pública la ejecución o representación que se hace de la obra dentro del círculo de una escuela o una institución de asistencia pública o privada, siempre y cuando no se realice con fines de lucro;*
- V. *Distribución al público: Puesta a disposición del público del original o copia de la obra mediante venta, arrendamiento y, en general, cualquier otra forma, y*
- VI. *Reproducción: 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.”*

¹⁹ *Idem*. Ley Federal del Derecho de Autor, Artículo 114. En: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>. Consultado el 29/11/ 2011.

²⁰ Cfr. Ley Federal de Telecomunicaciones y radiodifusión, Artículo 3, Fracc. LI.
“Artículo 3. Para los efectos de esta Ley se entenderá por:

(...)

LI. *Programador nacional independiente: Persona física o moral que no es objeto de control por parte de algún concesionario de radiodifusión o por alguna afiliada, filial o subsidiaria de éste, ni es controlado por un concesionario en virtud de su poder de mando, que cuenta con la capacidad de conformar un canal de programación con base en estructura programática formada mayoritariamente por producción propia y producción nacional independiente y cuya titularidad sobre los derechos de autor sea mayoritariamente mexicana;”*

En CÁMARA DE DIPUTADOS, HONORABLE CONGRESO DE LA UNIÓN, “Información Parlamentaria”, *Leyes Federales Vigentes*, México, 2015; en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>. Consultado el 22/08/ 2015

televisión restringida, a que en cualquier retransmisión de la obra no se menoscaben los derechos de autor y conexos; texto que de manera similar (a través de una interpretación extensiva) podría incluir el respeto a las medidas tecnológicas instrumentadas para proteger los derechos de autor y conexos.²¹

Por otra parte, el hecho de que aún no se incorporen a nuestra legislación las disposiciones en materia de Medidas Tecnológicas, derivadas de los compromisos internacionales suscritos por México, como el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derechos de Autor (TOMPIDA),²² o el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOMPIEF),²³ confirma la apreciación original de encontrarnos con limitaciones en severas en nuestro marco jurídico.

Dichos instrumentos internacionales obligan a los estados que los suscriben a establecer recursos para una protección jurídica adecuada en contra de la *elusión* de las Medidas Tecnológicas²⁴ empleadas para el respeto de derechos de los autores titulares de derechos, artistas, intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas y que, respecto de sus obras, interpretaciones o ejecuciones o fonogramas, restringen actos que no hayan sido autorizados o que estén permitidos por la ley (vgr.: copias excesivas, copias gratuitas, impresiones, revisión total, etc.).²⁵

²¹ Cfr. DECRETO por el que se expiden la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, la Ley del Sistema Público de Radiodifusión del Estado Mexicano y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones en materia de telecomunicaciones y radiodifusión. Publicado en el DOF, 14 de julio de 2014 y consultado en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5352323&fecha=14/07/2014 el 22.08.2015:

“ARTÍCULO TERCERO.- Se adicionan un segundo párrafo al artículo 27; y un segundo párrafo al artículo 144 de la Ley Federal del Derecho de Autor, para quedar como sigue:

Artículo 27.- ... I. a VII. ...

Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de los concesionarios de radiodifusión de permitir la retransmisión de su señal y de la obligación de los concesionarios de televisión restringida de retransmitirla en los términos establecidos en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión y sin menoscabo de los derechos de autor y conexos que correspondan.

Artículo 144.- ... I. a VI. ...

Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de los concesionarios de radiodifusión de permitir la retransmisión de su señal y de la obligación de los concesionarios de televisión restringida de retransmitirla en los términos establecidos en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión y sin menoscabo de los derechos de autor y conexos que correspondan.”

Consultado el 22/08/ 2015.

²² Cfr. Parets Gómez, Jesús, *El proceso administrativo de infracción intelectual*, 1ª ed., Sista Editorial. México, 2007; p. 317. “Este tratado Multilateral se adoptó en Ginebra, Suiza el 20 de Diciembre de 1996, ratificado el 18 de mayo de 2000, y entró en vigor el 06 de marzo de 2002, fue publicado en el D.O.F., 15 de marzo de 2002.”

²³ *Ibidem*. p. 331. “Adoptado en Ginebra, el 20 de diciembre de 1996, fue firmado 18 de diciembre de 1997; y ratificado por México el 17 de noviembre de 1999, entró en vigor el 20 de mayo de 2002, y fue publicado en D.O.F., el 27 de Mayo de 2002.”

²⁴ Cfr. Artículo 11 del TOMPIDA en http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/trtdocs_wo033.html#P105_13323, así como el 18 del TOMPIEF en http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wppt/trtdocs_wo034.html#P155_26656. Consultados el 29/11/ 2011.

²⁵ *Vid.* Capítulos 3.1. Cómo deben ser las Medidas Tecnológicas, y 3.2. Tipos de interoperabilidad posibles con las Medidas Tecnológicas.

2.4. Medidas Tecnológicas en la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Luego que el marco jurídico mexicano es limitado al establecer una adecuada protección en materia de Medidas Tecnológicas, al día de hoy (19 de enero de 2012) tampoco existen casos en los cuales la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya resuelto controversias en relación a eludir Medidas Tecnológicas.

2.5. Tutela en el Código Penal Federal

Otro ordenamiento que hace referencia a los Derechos de Autor es el Código Penal Federal²⁶ donde recientes reformas dan cuenta que en torno al derecho de la propiedad intelectual, los delitos se han agudizado en parte gracias al desarrollo de las tecnologías.

“En la actualidad aspectos de la globalización vía redes de cómputo y en concreto la Internet, fenómenos tales como el MP3 o Napster, plantean serios problemas de control y enfrentan a complejas situaciones tales como extraterritorialidad de los ilícitos... Lo cual ha originado la revisión y adecuación de los instrumentos internacionales idóneos, y el estudio de nuevos tratados que incorporen la normativa regulatoria adecuada para tales efectos.”²⁷

Los ilícitos en esta materia como el plagio o la falsificación, han cedido paso a delitos más sofisticados y difícilmente controlables, por lo que se han afectado distintos intereses en esta materia por ejemplo: los de las industrias culturales, los de los autores y los de los artistas intérpretes.

El Código Penal Federal establece diversas penas que sancionan con la privación de la libertad (desde seis meses hasta diez años de prisión y desde trescientos hasta veinte mil días de multa.)²⁸ Del análisis de este ordenamiento se desprenden las siguientes conductas tipificadas como delitos:

- A quien fabrique con fines de lucro un dispositivo o sistema cuyo fin sea desactivar dispositivos electrónicos que *protejan* un programa de cómputo. ²⁹
- El que fabrique, produzca, venda, importe, almacene, transporte, distribuya, arriende obras que se encuentren protegidas por la Ley Federal de Derechos de Autor; para que estas conductas se clasifiquen como delitos, deben de concurrir los siguientes elementos: que sea en forma dolosa; que sea a escala comercial, y

²⁶ El título vigésimo sexto se reformó el 5 de diciembre de 1996, y fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de septiembre de ese año. Estas modificaciones entraron en vigor hasta el 25 de marzo de 1995. El 13 de mayo de 1999 se incluye en el Título noveno, referente a la revelación de secretos y acceso ilícito a sistemas y equipos de informática. Con esta reforma se le dio a la informática un tratamiento especial.

²⁷ Cfr. Obón León, Juan Ramón, *Nuevo derecho de los artistas intérpretes*, 4ª ed., México, Trillas, 2006, p. 159.

²⁸ Cfr. Código Penal Federal (Última reforma publicada DOF 24-10-2011), en: CÁMARA DE DIPUTADOS, HONORABLE CONGRESO DE LA UNIÓN, “Información Parlamentaria”, Leyes Federales Vigentes, México, 2011; en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>. Consultado el 09/12/ 2011.

²⁹ *Idem*, El Art. 424 bis (prisión de tres a diez años= Delito grave), en su fracción II prevé la elusión mediante su desactivación de las Medidas Tecnológicas empleadas para proteger programas de cómputo.

que se realice sin autorización del titular de los derechos.

- Al que sin autorización y sin derecho explote con fines de lucro una interpretación o ejecución.
- Quien fabrique, venda o arriende algún dispositivo que tenga como finalidad descifrar la señal de un satélite *cifrada* sin que esté autorizado por el distribuidor legítimo de la señal.
- El quien con *animus lucrandi*, realice cualquier otra actividad *que tenga como fin el descifrar una señal de satélite que se encuentre protegida*, siempre que no esté autorizado por el distribuidor legítimo de la señal.³⁰
- La persona que publique una obra sustituyendo el nombre del autor.

Estos delitos se persiguen de oficio, excepto en dos casos y uno de ellos es precisamente cuando se eludan Medidas Tecnológicas que protejan un programa de cómputo, por lo que la dicha elusión no se considera grave y alcanzan fianza.

De lo anterior observamos que si bien existe una especial atención a la protección de la autoría de obras plasmadas y/o transmitidas en medios electrónicos, nuestro Código sólo contempla sanciones contra la elusión de Medidas Tecnológica empleadas para proteger el software (programa), o para proteger una señal de telecomunicaciones a través de la cual se transmite la obra. Esto es, sólo protege la autoría cuando la obra sea el mismo software (o parte del software protegido) o cuando la obra, interpretación, ejecución o reproducción, sea parte de la señal transmitida.

Dado que en el momento en el cual fueron incluidas estas reformas (1996 y 1999), aún no era una practica común el empleo de Medidas Tecnológicas que entrañen una interoperabilidad de la obra (manejo compartido de la obra entre el usuario que accede a ella y el titular de los derechos), no existe disposición alguna que sancione la elusión de Medidas Tecnológica empleadas para proteger el funcionamiento del software (programa) que administra la obra en el ámbito digital (así –como ya se vio-, tampoco existe reglamentación alguna que determine las modalidades de empleo de estas tecnologías en la Ley Federal de Derechos de Autor).

2.6. Funciones del Instituto Nacional del Derecho de Autor

El Instituto Nacional del Derecho de Autor (INDAUTOR) es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Educación Pública; es una autoridad administrativa en materia de Derechos de Autor y Derechos Conexos.

Entre sus funciones se encuentra: la protección, fomento, promover la creación de obras artísticas y literarias, el tener un registro público de autor así como de mantenerlo actualizado, promover la cooperación internacional en materia registral

³⁰ *Idem*, En sus dos fracciones el Art. 426 (prisión de tres a diez años= Delito grave), prevé supuestos en los que se eludan – a través del descifrado-, una protección tecnológica (el cifrado o encriptación) aplicada a una señal de telecomunicaciones (satelital) portadora de programas.

y protección de Derechos de Autor.³¹

Las facultades de este instituto –originalmente previstas en el artículo 210–, son: realizar investigaciones respecto de presuntas infracciones administrativas; solicitar a las autoridades competentes la práctica de visitas de inspección, ordenar y ejecutar los actos provisionales para prevenir o terminar con la violación al Derecho de Autor y Derechos Conexos, e imponer las sanciones administrativas que sean procedentes; pero también tienen facultades para proponer las tarifas para el pago de regalías (las cuales son establecidas por el Instituto a solicitud expresa de los usuarios o de las sociedades de gestión colectiva respectivas).³²

Ahora, ante una nueva situación jurídica como la que surge cuando se emplean Medidas Tecnológicas tendientes a hacer posible una interoperabilidad o manejo compartido de la obra en la red, el INDAutor como parte del Estado mexicano se encuentra obligado a implementar un marco jurídico adecuado con el fin de regular apropiadamente el empleo de dichas Medidas Tecnológicas con el fin de ofrecer certeza y seguridad jurídica.

Sin embargo en vez de ocuparse de ello, nuestro país negoció en la secrecía del Congreso de la Unión³³, un Acuerdo Comercial Anti-Falsificación (o ACTA por sus siglas en inglés: *Anti-Counterfeiting Trade Agreement*) en el cual la distinción entre Propiedad Industrial y Derechos de Autor no es clara,³⁴ y cuyo alcance y protección con base en Medidas Tecnológicas es extralimitado, pues propone como remedio ante el uso de obras sin pago de regalías, imponer a todo Proveedor de Servicios de Internet (ISP por sus siglas en inglés), la obligación informar los datos de los usuarios que posiblemente lo hagan,³⁵ o se dé la suspensión de los servicios de Internet³⁶ con lo cual vulnera derechos humanos como el de Acceso a la Información, entre otros.

Se ha dicho que este Acuerdo no va a ser aprobado ya que no cumplió con las reglas en materia de Derecho de los Tratados;³⁷ sin embargo, en la Secretaría de Economía mediante comunicado del 29 de Septiembre de 2011,³⁸ se propuso incrementar la cooperación internacional con los países que participaron en este Acuerdo, establecer mejores prácticas para proteger los derechos de propiedad intelectual, así

³¹ Cfr. *Ley Federal del Derecho de Autor*, Artículo 209, en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>. Consultado el 29/11/2011

³² *Ídem*. Artículos 26 bis y 27, fracciones II y III.

³³ Cfr. En: http://www.impi.gob.mx/work/sites/IMPI/resources/LocalContent/2361/27/Consolidated_Text_es_ok.pdf, Artículo 1.4: Privacidad y divulgación de la información, numeral 2. Consultado el 10/12/2011.

³⁴ *Ídem*. Está orientado a detener la piratería en general, tanto de productos en el mercado protegidos por la propiedad industrial, como de datos o información disponibles a través de la red informática mundial (www o World Wide Web). Véase en el Artículo 1.X: Definiciones, donde se contempla tanto “*Bienes de marca registrada falsificados*”, como “*Bienes protegidos por el derecho de autor objeto de piratería*”. Consultado el 10/12/2011.

³⁵ *Ídem*. Artículo 2.18: Observancia en el ambiente digital, Numeral 4. Consultado el 10/12/2011.

³⁶ *Ídem*, Artículo 2.5: Medidas cautelares, Numerales 1 y 2. Remedio considerado como una de las medidas cautelares *inaudita altera parte* ahí previstas (). Consultado el 10/12/2011.

³⁷ Ley sobre la celebración de Tratados (DOF 02/01/1992).

³⁸ Cfr. <http://www.observatel.org/es/uploads/1/Informe-SE-Resultado-negociaciones-ACTA.10.11.pdf>. Consultado el 19/01/2012.

como el establecer un marco legal efectivo para combatir las conductas ilícitas que se realizan a través del entorno digital con el fin de potenciar Internet como una herramienta de negocios y comunicación, disminuir las prácticas comerciales informales, y mejorar la percepción internacional de México como una nación que protege la propiedad intelectual.³⁹

Lo cuestionable y paradójico en este punto es considerar que esta iniciativa surgió en el ámbito del *common law* y que –en lo referente a la protección de los derechos autorales–, dicho sistema jurídico sólo tiene en común con el Derecho Mexicano de corte continental, la tutela de los derechos económicos, por lo que resulta pertinente reiterar que es ilógico que esta tarea legislativa se aborde traspasando lo dispuesto por los países desarrollados sin antes entender como funcionan las Medidas Tecnológicas y los efectos que conllevan, e ignorando que desde antes ya existía el compromiso de establecer una adecuada protección jurídica en relación con las Medidas Tecnológicas – que no se ha implementado–, en los tratados ya mencionados (TOMPIDA y TOMPIIEF).

3. MEDIDAS TECNOLÓGICAS

A este punto, si bien el lector ya puede hacerse una idea sobre la importancia de las Medidas Tecnológicas en la actualidad, antes de pasar a ver qué prevén otras legislaciones o qué otros fenómenos en torno a su empleo se han generado en diferentes lugares, es pertinente detenernos para hacer algunas precisiones que permitan una mayor comprensión de la problemática en análisis.

La palabra medida proviene del latín *mensura*; proporción, medida de precaución *cautioni, cautionis*.⁴⁰ María Moliner establece que es una disposición encaminada a prever cierta contingencia;⁴¹ que en este caso es evitar el acceso y la explotación ilícita de obras protegidas.

Por lo cual, una medida tecnológica es la aplicación de cualquier proceso lógico, componentes y/o de dispositivos de hardware, software o de ambos, implementado durante la transmisión, acceso y o procesamiento de información protegida por el Derechos de Autor o por cualquier otro derecho que se relacione con la Propiedad

³⁹ Además, el 17 de enero de 2012, la directora general adjunta de los Servicios de Apoyo del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI) envió a la Comisión de Comercio y Fomento Industrial del Senado un documento de trabajo, como un intento más por que México firme este tratado. En: <http://www.provincia.com.mx/2012/01/preve-instituto-mexicano-de-la-propiedad-industrial-aprobar-el-acta/> . Consultado el 17/01/2012. Dicho documento “establece la implementación de los derechos de los artistas para la fijación, distribución y reproducción de sus interpretaciones y ejecuciones, y medidas de protección de los Derechos de Autor en el entorno digital, respetando el marco constitucional mexicano”; y “contiene sanciones por la reproducción de una obra cinematográfica o audiovisual grabada sin autorización del titular del derecho en instalaciones públicas, así como medidas civiles como la obtención de pruebas, la destrucción de mercancías falsificadas, así como lineamientos para el cálculo de daños y perjuicios de los titulares de derechos” http://www.mediatelecom.com.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=17244&catid=87&Itemid=98. Consultado el 19/01/2012

⁴⁰ Cfr. Pimentel Álvarez, Julio, *Breve Diccionario-Latín-Español*, 1ª ed., México, Porrúa, 2009, p 638.

⁴¹ Cfr. Moliner, María, *Diccionario de uso del Español*, j-z, s.n.e., Madrid, España, Gredos, p.1909.

Intelectual, durante el transcurso normal de la operación de consulta a una obra, para hacer valer la protección pretendida.

“Artículo 11. Los Estados partícipes deberán conceder recursos jurídicos efectivos contra la adicción de los que resulten responsables de eludir las Medidas Tecnológicas que sean usadas por los autores en el ejercicio de sus derechos y que respecto de sus obras restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concedidos o permitidos por la ley.”⁴²

Las Medidas Tecnológicas hacen referencia –básicamente– a programas de cómputo aplicables durante el acceso a la obra.

A efecto de hacer posible una mayor comprensión de este concepto, es pertinente señalar que también en el Acuerdo Comercial Anti-Falsificación, en la nota al pie número 15, para explicitar la obligación que establece a las partes que lo suscriban, para que protejan las Medidas Tecnológicas que apliquen los autores u otros amenazados por la violación de sus derechos (en su artículo 2.18: Observancia en el ambiente digital; numeral 5) se ofrece una definición de dicho concepto:

“...Medida Tecnológica significa cualquier tecnología, dispositivo o componente que, en el curso normal de sus operaciones, se diseña para prevenir o restringir actos, con respecto a obras, ejecutantes o fonogramas, que no estén autorizados por los autores, los ejecutantes o los productores de fonogramas, como lo dispone la legislación de una de las Partes. Sin perjuicio del alcance de los Derechos de Autor o de los Derechos Conexos contenidos en la legislación de una de las Partes, las Medidas Tecnológicas se considerarán eficaces cuando el uso de obras, presentaciones o fonogramas protegidos esté controlado por los autores, los presentadores o los productores de fonogramas mediante la aplicación de un proceso de protección o de control de acceso relevante, tal como codificación o scrambling,⁴³ o un mecanismo de control de copia, que logre el objetivo de protección.”⁴⁴

Dicho de manera más breve, una Medida Tecnológica es la aplicación de manera efectiva, de cualquier tecnología en la operación de transmisión, acceso y o procesamiento de la información de una obra protegida.

3.1. Cómo deben ser las Medidas Tecnológicas

Dado que es frecuente que siempre al hacerse mención de la reglamentación del uso de las Medidas Tecnológicas, se haga alusión a la eficacia de la protección que a

⁴² Parets Gómez, Jesús, *op. cit.* Nota 17, p. 317. “Este tratado multilateral (*Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, adoptado en el Marco de la Conferencia Diplomática sobre Ciertas Cuestiones de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual* NdA) se adoptó en Ginebra, Suiza el 20 de diciembre de 1996, fue ratificado el 18 de mayo de 2000, y entró en vigor el 06 de marzo de 2002, fue publicado en el D.O.F., 15 de marzo de 2002.”

⁴³ *Scrambling* significa *Content Scrambling System* o *Common Scrambling Algorithm*. Ambos son códigos de cifrado, el primero utilizado en los DVD y el segundo es un algoritmo utilizado para proteger streams de vídeo en redes de difusión DVB –*Digital Video Broadcasting*– (televisión digital). *Vid.* Voces respectivas en <http://es.wikipedia.org/wiki/>. Consultado el 25/01/2012.

⁴⁴ *Ibidem.* Nota 28.

través de ellas se otorga a los derechos autorales y conexos, también habremos de precisar cuando se considera que dichas medidas son eficaces.

De entrada podemos observar que existen mínimamente dos tipos de Medidas Tecnológicas en el ámbito digital:

- A. Las que protegen la integridad de la obra y/o de la transmisión de la obra;⁴⁵ y
- B. Las que administran el acceso, procesamiento y/o transmisión de la obra.

Las que preservan la integridad, protegen los Derechos de Autor y los conexos de las siguientes maneras:

- I. Impidiendo que a un programa de computo (software) registrado...
 - a) le sea modificado su código fuente o sufra una alteración en alguno de sus componentes,
 - b) se tengan acceso a los datos en él conservados, o simplemente,
 - c) sea descompuesto o desactivado.
- II. Impidiendo que la señal de una transmisión codificada y registrada, ...
 - a) sea copiada,
 - b) sea decodificada y reproducida; o simplemente,
 - c) sea decodificada y conocida totalmente o en alguna de sus partes

... y dicha protección, es dada sólo como una función mecánica o automatizada, pues se brinda independientemente de la intención de quien pudiera dolosa o imprudencialmente, eludir el funcionamiento de la Medida Tecnológica y por ende violar la integridad de la autoría.⁴⁶

El segundo tipo de Medidas Tecnológicas no sólo no protegen la integridad de la obra (luego que permiten el acceso a ellas), pero a diferencia de cualquier otro programa de cómputo donde el usuario determina el comportamiento del mismo, aquí nos encontramos frente al empleo de otro tipo de programas que son manejados de manera compartida tanto por el titular de los derechos como por los otros programas que interactúan para el mismo propósito, y por el usuario mismo de la obra quien accede a ella por medios digitales.⁴⁷

Estamos frente a un manejo compartido de la obra en la red, a partir de un intercambio de datos provenientes de diferentes fuentes.

De hecho, de esta interoperabilidad surgen nuevos paradigmas para el derecho, luego que plantean nuevos patrones comportamentales⁴⁸, tales como:

⁴⁵ A este tipo de Medidas Tecnológicas es al que se hace referencia en el Código Penal (artículos 424 fracción II y 426, fracciones I y II).

⁴⁶ El ejemplo más fácil de comprender de una forma de elusión de una medida tecnológica implementada para proteger la integridad de una obra, es la decodificación del algoritmo de encriptación o cifrado de una firma digital o –por como se le conoce en México-, firma electrónica avanzada.

⁴⁷ Cfr. Lipszyc, Delia, *Nuevos temas de Derecho de Autor y Derechos Conexos*, S.N.E., Víctor P de Zavala, Argentina, 2004., p.509.

⁴⁸ Entendiendo y distinguiendo el concepto de “comportamiento” distinto al de “conducta”, en cuanto el primero es

- La posibilidad de regular el manejo compartido de datos entre los sistemas;
- La posibilidad de regular el intercambio de datos entre los sistemas;
- Imponer a las empresas intervinientes participaciones circunscritas al tipo de derechos autorales o conexos que detenten;
- Regular nuevas formas de transmitir los Derechos de Autor cuando dicha transmisión se efectúa mediante plataformas y/o dispositivos que controlen la cesión derechos.

Esto es, se hace necesario imponer a las empresas de comunicación así como a terceros, medidas para realizar dicho intercambio de manera controlada, a fin de que los beneficiarios del mismo, lo sean en medida proporcional, los autores, los poseedores de Derechos Conexos y el público.

3.2. Tipos de interoperabilidad posibles con las Medidas Tecnológicas

La interoperabilidad de los programas le plantea al Derecho nuevas conductas a regular, pues a semejanza de un contrato multilateral, donde a cada interviniente se le asignan responsabilidades de conformidad con el papel que desempeñen para la consecución del objetivo u objetivos del contrato; aquí también habrá que considerar la forma que adopta el contrato, por los derechos y obligaciones que se adquieren en el momento en que se perfecciona, amén que también puede llegar a constituirse en un contrato de tracto sucesivo.

Por todo lo anterior aquí se vuelve indispensable determinar que acciones realiza (puede o debe realizar) cada participante en la interoperabilidad y el objetivo u objetivos a los que se debe circunscribir cada participación.

Las Medidas Tecnológicas que conllevan extender el control del uso de los archivos digitales de manera interoperativa, más conocidas son las que permiten a los titulares de derechos dicho control mediante:

1. La aplicación de un procedimiento de seguridad que permite que un usuario acceda a la obra mediante un registro y la posterior entrega de un de un código de acceso;
2. La aplicación de un procedimiento de registro de características intrínsecas del usuario que accede a la obra (controles grafológicos, dactilares o biométricos) para su posterior empleo;
3. La aplicación de un procedimiento de acceso mediante un control (de un dato o proceso que el usuario conoce, posee o puede percibir) para verificar la elegibilidad y posibilidad de acceder a cierta información, o a procesarla, a producirla, y/o transmitirla;

atribuible a una actuación social del individuo derivada de factores internos y externos; y la conducta es un concepto que refiere la actuación del individuo condicionada sólo por factores internos.

4. La aplicación de un procedimiento de seguridad que permite que un usuario pruebe el producto durante un tiempo limitado (con funcionalidad limitada o no), y si le satisface, pague por él, habilitando toda su funcionalidad;
5. La aplicación de un procedimiento similar que permite probar o conocer el producto durante un número de veces limitado;
6. La aplicación de un mecanismo de control de la copia, esto es:
 - a) Restringir el número de copias;
 - b) Permitir la realización de copias privadas;
 - c) Impedir que se puedan reproducir en su totalidad las obras;⁴⁹
7. Entre otros.

Hasta aquí, estos son los mecanismos de control de la comunicación de las obras a través de las Medidas Tecnológicas que corresponde a una forma normal de explotación de las obras mediante los programas de cómputo conocidos como *firewalls* u otros con características similares⁵⁰. Sin embargo, existen otras Medidas (los Sistemas de Gestión Digital de Restricciones –o DRMS por sus siglas en ingles), a través de las cuales los autores, con el pretexto de proteger sus derechos pueden extender su control más allá de lo que en derecho les corresponde, haciendo desaparecer los beneficios que la interoperabilidad puede proporcionar al público usuario de las obras en el ámbito digital: el acceso a la sociedad del conocimiento y el fomento a la creatividad. Llegando a extremos propios de los monopolios que a fin de extender su control sobre la producción, se atreven a llegar hasta la violación a los derechos humanos.

Algunos de los derechos afectados por los DRM son (entre otros): ⁵¹

EL DERECHO A LEER Y AL LIBRE ACCESO A LA CULTURA. Para decidir si otorgan o no acceso a cada obra, estos sistemas necesitan vigilarnos. De esta forma, un tercero tendrá información sobre qué, cómo y cuándo leemos, oímos música, escuchamos radio, vemos películas y accedemos a cualquier contenido digital.

EL DERECHO A LA INTIMIDAD. Los DRM permiten que un tercero conozca todo lo que vemos, escuchamos, leemos, y expresamos, y pueda monitorear, controlar e incluso impedir que lo hagamos.

EL DERECHO A REALIZAR COPIAS EN CASOS PARTICULARES. Varias legislaciones de derechos de autor reconocen el derecho de las personas a confeccionar copias de las obras para uso privado. Esto incluye la posibilidad de realizar copias de respaldo, copias

⁴⁹ Una excepción es el caso de la copia privada.

⁵⁰ “Sistema o grupo de sistemas que deciden que servicios pueden ser accesados desde el exterior de una red o equipo de cómputo privado, por quienes pueden ser ejecutados estos servicios y también, qué servicios pueden emplear los usuarios de redes interconectadas (*intranets* o *extranets*), y cuáles pueden ofrecerse al exterior (internet).” *Loc.cit.* en “Curso Introductorio de Informática Jurídica” (01:slide 40), material didáctico del Mtro. Noé A. Riande J.

⁵¹ Cfr. En <http://proyectofedora.org/mexico/2010/06/18/acta-otro-atentado-contra-nuestras-libertades-%C2%A1no-lo-permitas/>. Consultado el 30/01/2012).

para acceder desde diferentes dispositivos e incluso copias para compartir con personas de nuestro entorno íntimo, siempre bajo la condición de que no medien transacciones comerciales. Estos derechos quedan obstruidos completamente con la implementación de DRM.

LA REALIZACIÓN DE OBRAS DERIVADAS. La realización de obras derivadas es un proceso común en la creación cultural. Muchas obras son trabajos derivados de obras anteriores. Esto incluye traducciones, realización de remixes, y otras formas de expresión. Estas acciones básicas de la producción cultural se tornan imposibles frente a DRM.

LA CRÍTICA Y EL COMENTARIO PÚBLICO, INCLUYENDO EL DERECHO A LA LIBRE EXPRESIÓN. Quienes trabajan en crítica literaria, cinematográfica, musical, e incluso política, utilizan el recurso de la cita para comentar las obras publicadas. El sistema de DRM impone trabas técnicas a esta posibilidad, con la consecuencia directa de poner cerrojos técnicos a la libertad de expresión.

EL “FAIR USE” Y LAS EXCEPCIONES AL COPYRIGHT. Esta expresión común para la jurisprudencia norteamericana es otra de las víctimas de la aplicación de DRM. En muchos casos, las leyes de derechos de autor fijan excepciones para el ámbito educativo o para personas con alguna discapacidad que necesiten realizar copias de obras para poder acceder a ellas (como las traducciones al Braille o la utilización de audio-libros). Estos recursos quedan eliminados con los sistemas de DRM.

EL DOMINIO PÚBLICO. Las restricciones técnicas de acceso no tienen fecha de vencimiento. Por tanto, cuando las obras entren al dominio público, las restricciones seguirán estando allí, vedando el acceso y la copia de materiales que legalmente podrían ser copiados. Otro tanto ocurre con obras que ya están en el dominio público y que se tornan inaccesibles para las personas cuando algún proveedor de contenidos las distribuye bajo un sistema de DRM.

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Las medidas técnicas de restricción de acceso y copia declaran a la ciudadanía culpable antes de que se pruebe lo contrario, privándola de una serie de derechos en forma preventiva, sin que se haya cometido ningún delito. Por otro lado, el desarrollo y utilización de mecanismos para eludir los DRM se convierte en un crimen aún cuando se realice para fines de investigación o para acceder a un contenido que se ha adquirido legalmente, aún cuando no se viole ningún derecho de autor.

Hablamos de Medidas Tecnológicas tales como:

- 1) La filtración de accesos que a través de *firewalls* debidamente preparados además de registrar –y hasta difundir- quien accede a las obras, cuándo y bajo qué condiciones, clasifica a que tipo de obra accede cada usuario, y para que emplea esa información (sea para hacer negocios, para hacer política, para lo que sea). Todo ello es posible reportarle al proveedor de la obra,

excediendo a la finalidad original de proteger esa obra, produciendo violaciones al derecho a la privacidad de los usuarios.⁵²

Asimismo, mediante este filtrado autorizan o deniegan de manera inapelable el acceso a la obra, de acuerdo a condiciones que pueden ser cambiadas unilateralmente por el proveedor de la obra; y cuando autorizan el acceso, lo hacen bajo condiciones restrictivas que son fijadas por el proveedor de la obra, independientemente de los derechos que la ley otorgue al autor o al público.

- 2) El envío de *malwares* conocidos como “bombas lógicas” que cuando se cumplen ciertas condiciones (el paso de un cierto tiempo, la realización de ciertas acciones, o de un cierto número de acciones como accesos, copia o retransmisión) en la interoperación del sistema por parte del usuario de la obra, “explotan”, ejecutando instrucciones que pueden desde dañar el equipo del usuario hasta denegarle a este los servicios de la empresa que detenta derechos sobre la obra, cuando bastaría un bloqueo del acceso que ya se tiene para proteger dichos derechos sin excederse, al impedir el acceso al conocimiento de otras obras.
- 3) La aplicación de la regla de los “3 *strikes*” en el ámbito digital, que al igual que en otros ámbitos (la reincidencia en justicia para adolescentes, la inhabilitación del permiso de conducir en reglamentos de tránsito, etc.) establece sanciones que se aplican después del debido proceso, pero que en este caso, sin atender al pronunciamiento de una decisión judicial –o administrativa que fuere-, directamente el proveedor (ISP) del acceso a la obra ejecuta la sanción que según el corresponde a la falta realizada por el usuario.

Debe señalarse que este mecanismo cuando es correctamente empleado encuentra respaldo inclusive en tratados internacionales:

“..., el test de las tres etapas (...). Fue introducido en el Convenio de Berna con ocasión de la Conferencia diplomática de la revisión de Estocolmo en 1967, a propósito del derecho de reproducción. Su aplicación se generalizó en el anexo del Tratado de Marrakech del 15 de abril de 1994 sobre el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC).”⁵³

3.3. Correctivos en sentido amplio

En caso de que se presente alguna manipulación de las Medidas Tecnológicas que neutralice su efecto o las supriman, es perfectamente comprensible que se plantee la imposición de sanciones como: confiscar o embargar el material por medio del cual se causa una violación al Derecho de Autor (y las penas deberán ir en contra de las

⁵² Más aún, cuando además de registrar los accesos, aprovecha estos para dejar en el equipo del usuario *spywares* (*software* que espía y reporta los hábitos de navegación del usuario) y nuevamente utiliza los datos recogidos para fines diversos a la protección de la obra.

⁵³ Obón León, Juan Ramón, *Nuevo derecho de los artistas intérpretes*, *op cit.*, nota 23, p. 159.

personas que están detrás del origen de la elusión o que contribuyeron en la dicha omisión), pero antes debe reglamentarse con claridad este fenómeno, sin llegar a extremos tales como el de querer obligar a los proveedores de servicios de internet, a cumplir funciones de guardián o vigilante de los hábitos de navegación de sus usuarios, bajo la amenaza de suspenderles el registro de su nombre de dominio⁵⁴ en internet.

La verdad que aparece ante nuestra mirada es que quienes detentan y/o administran las obras protegidas, además de estar obligados a realizar una programación muy detallada y cuidadosa de sus *firewalls*, también están obligados a desarrollar Políticas de seguridad en sus sistemas; cosa que se revierte como una carga extra para todos aquellos interesados en hacer llegar a través de Internet, sus productos hasta los consumidores finales; pues establecer dichas Políticas de seguridad implica en todos los casos hacer algo que en muchos sistemas no se tiene y no se quiere implementar y que para que no deje de existir la protección, se busca pasar la responsabilidad de la protección a otros.

Establecer políticas de seguridad necesariamente significa –además de establecer mecanismos de control de acceso diversos, según las funciones que en ellos se ejecuten-, también significa el establecer barreras para impedir el paso a ciertas partes sensibles de errores o ataques, con programas supervisores de las áreas en las que existe mayor riesgo, a través del establecimiento de parámetros indicadores de actividades sospechosas, para su detección y control; así como –posiblemente-, implementar medidas de cifrado total o selectivo de las obras.

Todo ello implica, más que la instrumentación de una mezcla de diferentes tipos de Políticas de seguridad, la realización de un detallado análisis de revisión de los sistemas de que se dispone y que casi siempre lleva a la reformulación de los programas con los que funcionan, cosa que resulta costosa pero no imposible y que incluso debiera estar financiada por el Estado en aras de una conservación y prevalencia de un ordenado Estado de Derecho.

No obstante, si bien existen reglas técnicas para evitar la omisión o que se neutralice el efecto o se supriman las Medidas Tecnológicas, ello representa otro nivel del problema que, si bien debe abordarse, antes es necesario que existan disposiciones legales que impongan la obligación de implementar tales medidas con el fin de dar protección a la explotación de las obras. Los titulares de derechos no pueden continuar trabajando en el actual estado de desregulación existente; y en caso de que se recurra a una medida tecnológica, es necesario que éstas se encuentren limitadas dentro del marco Derecho de Autor y los Derechos Conexos.

⁵⁴ Un dominio o nombre de dominio es el nombre que identifica un sitio web. Cada dominio tiene que ser único en Internet. Por ejemplo, "www.masadelante.com" es el nombre de dominio de la página web de Masadelante. Un solo servidor web puede servir múltiples páginas web de múltiples dominios, pero un dominio sólo puede apuntar a un servidor. (definición tomada de <http://www.masadelante.com/faqs/dominio>. Consultado el 20.01.2012.

3.4. Excepciones

Este fenómeno regulatorio admite como en todos los casos la expresión de excepciones, sin embargo esto debe ser un caso especial y no puede atentar contra la explotación normal de la obra o de otra prestación que esté protegida (nunca debe permitirse la elusión de las Medida Tecnológicas por terceros, y nunca deberán destruirse ni intervenir los programas que las contienen). Asimismo, la excepción tampoco puede causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho y menos aún a los usuarios de las obras protegidas.

Y en caso de que la ley obligue a los titulares de derechos a tomar medidas que permitan el ejercicio efectivo de las excepciones; el compromiso radica en la posibilidad para el público de tener acceso a la obra y eventualmente copiarla, sin que se llegue a poder copiar todo el soporte (o cualquier fuente) sobre el cual esté fijada la obra, pues el objetivo de la excepción al pago de la tarifa correspondiente, no es copiar, sino el poder leer tal soporte (totalmente o en alguna de sus partes) .

Por otra parte y sin que ello pueda considerarse una excepción, disposiciones legales en materia de telecomunicaciones y Derechos de Autor conocidas como Canon Digital, se aplican en varios países.

“En España el canon digital se aplica desde fines de los 80 y a partir de 2007 se inició un cobro en euros a las grabadores de CDs, DVDs, a reproductores de MP3 y MP4, a los teléfonos celulares o una PDA capaz de almacenar o reproducir música.”⁵⁵

El Canon Digital constituye un sobreprecio que se aplica a los medios de grabación y se cobra a fabricantes e importadores de equipos, aparatos y materiales que sirven para copiar obras protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual. Dicha recaudación la reciben los autores, los editores, los productores y los artistas, asociados a agrupaciones de gestión de derechos, en compensación por las copias que se realizan de su trabajo. Previsión que de algún modo ya existe desde hace tiempo en nuestra legislación (artículos 26 bis y 27 de la LFDA) pero que nunca antes había sido considerada para la prevención del copiado de las obras en el ámbito digital.⁵⁶

4. TRATADOS INTERNACIONALES QUE CONTIENEN ALGUNA REFERENCIA SOBRE

⁵⁵ León Zaragoza, Gabriel, “La aplicación de impuestos y Derechos de Autor, entre los temas más controvertidos- Crece la polémica en torno a legislar el servicio de Internet” *La Jornada, México 19 de Julio de 2010*, p. 35.

⁵⁶ *Ídem*, “En México el debate se abrió en 2009, cuando se informó de la intención de regular las descargas de música, películas, videos, libros y otros bienes culturales de entretenimiento...Armando Báez Pinal, diputado priista y líder del sindicato de músicos, presentó el pasado 27 de abril de 2010 al Congreso una iniciativa para modificar la Ley Federal del Derecho de Autor. La primera es para cambiar la figura jurídica de licencia para la copia privada o pago de un sobreprecio –adicional al valor agregado- a los dispositivos de almacenamiento digital como CDs, DVDs, discos duros, reproductores digitales de música y otros. La segunda es para regular la protección de los derechos autorales, a través de los servicios proveídos de Internet, que se ha identificado como ley de los tres avisos o 3 strikes. Establece que si un usuario de la web acumula tres reportes por piratería de cualquier tipo se le cortará el servicio sin aviso previo y sin derecho a compensación. En los casos de reincidencia, legalmente formaría parte de una lista negra y se les prohibiría recontractar internet”.

MEDIDAS TECNOLÓGICAS

Los denominados “Tratados Internet de la OMPI” son antes mencionados, Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derechos de Autor (TOMPIDA), o el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOMPIEF);⁵⁷ dado que estos son los que establecen el marco jurídico internacional referente a la implementación de Medidas Tecnológicas de protección.

4.1. El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derechos de Autor

Del contenido de este instrumento encontramos necesario destacar, lo siguiente:

- Las partes contratantes de este tratado (los estados) deben desarrollar y mantener la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas de manera eficaz y uniforme; así mismo, las partes se comprometen a introducir nuevas normas internacionales. Deben interpretar los ordenamientos vigentes encaminados a proporcionar soluciones adecuadas ante las interrogantes planteadas por los nuevos acontecimientos, económicos, sociales, culturales y *tecnológicos*.⁵⁸
- Se debe tomar en cuenta el desarrollo y la convergencia de las tecnologías de la información, la comunicación en la creación de obras literarias y artísticas; mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general; en particular, en la educación, en la investigación y el acceso a la información como lo expresa el Convenio de Berna.⁵⁹
- Los sujetos protegidos son los autores de las obras literarias y artísticas; los derechos que otorga se basan en el artículo 20 del Convenio de Berna, en lo que referente a las partes contratantes.⁶⁰ El principio básico es la no conexión con otro tratado distinto al Convenio de Berna; se basa en la premisa de no perjudicar otro derecho u obligación que se haya adquirido; las partes contratantes darán cumplimiento al derecho de reproducción; así como las excepciones permitidas en virtud del mismo.
- El ámbito de protección del Derecho de Autor abarcará las expresiones o concreciones de las obras (estén o no registradas, esto es, con o sin *copyright*), pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos en sí.
- Establece protección a los programas de computo (software)⁶¹. En cuanto a las

⁵⁷ TOMPIDA, *op cit*, nota 20, http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/trtdocs_wo033.html#P105_13323, así como en http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wppt/trtdocs_wo034.html#P155_26656.

⁵⁸ Cfr. Preámbulo (2° párrafo) ,http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/trtdocs_wo033.html#P28_442. Consultado el 18/01/2012

⁵⁹ *Ídem* (3° y 5° párrafos).

⁶⁰ Cfr. http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html#P221_46404, (Artículo 20.- “Arreglos particulares entre países de la Unión”). Consultado el 18/01/2012.

⁶¹ *Ibidem*, Artículo 4. Los programas de cómputo se protegen conforme al Artículo 2 del Convenio de Berna.

compilaciones de datos, incluye las compilaciones de otros materiales (obras) dentro del software protegido; toma en cuenta que la selección o disposición de sus contenidos constituyen creaciones de carácter intelectual. Esta salvaguarda exceptúa a los datos materiales en sí mismo, y se entienden sin perjuicio de cualquier Derecho de Autor que subsista respecto de datos materiales o contenidos en la compilación.⁶²

- Reconoce a través del derecho de distribución sobre obras literarias y artísticas, que las partes contratantes deben regular el derecho de agotamiento,⁶³ después de la primera venta o transferencia de la propiedad del original o de un ejemplar de la obra con la autorización del autor.
- Las copias y originales están sujetas al derecho de distribución; el derecho de alquiler se refiere exclusivamente a las copias fijadas que se pueden poner en circulación como objetos tangibles (se reitera: la protección abarca las expresiones de las obras pero no las ideas).
- Los Estados contratantes deben regular el derecho exclusivo de los autores de programas de cómputo; de las obras cinematográficas y obras incorporadas en fonogramas, tal como lo establecen las legislaciones nacionales; así como el autorizar el alquiler comercial al público del original de los ejemplares de las obras.⁶⁴
- Los autores de las obras literarias y artísticas gozan de la facultad exclusiva para autorizar, mediante cualquier comunicación al público de sus obras, por medios alámbricos e inalámbricos.⁶⁵
- Es obligación de los Estados contratantes proporcionar protección jurídica adecuada así como facilitar recursos jurídicos efectivos contra la acción de *eludir* Medidas Tecnológicas que sean usadas por los autores y que tengan relación con el ejercicio de sus derechos.⁶⁶
- Reconoce como obligaciones para los Estados contratantes informar sobre la gestión de derechos; dicha información identifica a la obra, al autor, al titular de cualquier derecho, los términos y condiciones de uso, y todo número o código que represente la información, cuando cualquiera de esos elementos estén adjuntos a un ejemplar de una obra o figuren en relación con la comunicación al público de una obra.⁶⁷

Este tratado constituye una respuesta ante la demanda internacional del Derecho de Autor para adecuar las disposiciones vigentes ante los nuevos acontecimientos

⁶² *Ibidem*. Nota 48. Artículo 5.

⁶³ Cfr. http://www.wipo.int/sme/es/ip_business/export/international_exhaustion.htm. (Consultado el 22/01/2012.) "El "agotamiento" se refiere a una de las limitaciones de los derechos de propiedad intelectual. Una vez que un producto protegido por un derecho de propiedad intelectual ha sido comercializado por el Autor o por su PYME o por otros con su consentimiento, ni él ni su PYME tendrán más el derecho a ejercer los derechos de propiedad intelectual de la explotación comercial sobre este producto dado, puesto que se han "agotado". A veces esta limitación se denomina igualmente la "doctrina de la primera venta", puesto que los derechos de explotación comercial sobre un producto dado finalizan con la primera venta del producto"

⁶⁴ *Ibidem*. Nota 48. Artículo 6.

⁶⁵ *Ibidem*. Nota 48. Artículo 8.

⁶⁶ *Ibidem*. Nota 48. Artículo 11.

⁶⁷ *Ibidem*. Nota 48. Artículo 12, numeral 2.

sociales, económicos y tecnológicos, luego que comprende normas referentes al entorno digital que reglamentan el derecho de reproducción; los derechos aplicables en las transmisiones a través de redes interactivas; la información sobre gestión de derechos, y Medidas Tecnológicas de protección.

4.2. Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas⁶⁸

Este tratado fue adaptado por la Conferencia Diplomática de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre ciertos aspectos de Derecho de Autor y Derechos Conexos en Ginebra, el 20 de diciembre de 1996.⁶⁹ Este tratado versa sobre aquellos aspectos de los derechos autorales y conexos, que tienen relación con el mundo digital, y en lo particular con Internet.

Este instrumento consta de un Preámbulo y 33 artículos, los cuales están organizados en cinco capítulos. Mediante este tratado se establecen: disposiciones generales; sujetos beneficiarios de la protección, y el principio rector del tratado es el de trato nacional.⁷⁰ De este instrumento es necesario resaltar lo siguiente:

- Establece que la puesta a disposición también comprende el almacenamiento de una interpretación o una ejecución protegida de un fonograma en forma digital o en un medio electrónico.
- Este acuerdo internacional surgió por la necesidad de desarrollar y mantener la protección de los sujetos; reconoce la necesidad de introducir nuevas normas internacionales que ofrezcan soluciones adecuadas ante los nuevos retos económicos, sociales, culturales y tecnológicos. Reconoce el impacto que han tenido las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la producción y uso de las interpretaciones o ejecuciones y de fonogramas.⁷¹
- Ninguna de estas disposiciones podrá ir en detrimento de disposiciones convencionales contraídas por los Estados signatarios en virtud de la Convención de Roma de 1961.⁷² Establece que es necesario jerarquizar la normativa del Derecho de Autor, dispone que la protección que se concede mediante el tratado no afectara la protección del derecho autoral en obras literarias y artísticas.
- Este pacto establece las definiciones de artistas fonograma, fijación, productor de fonogramas, publicación de una interpretación o ejecución fijada de un

⁶⁸ Cfr. http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/es/ip/wppt/pdf/trtdocs_wo034.pdf. (Consultado el 11/11/2011.)

⁶⁹ Y fue “...ratificado por México el 17 de noviembre de 1999, entró en vigor el 20 de mayo de 2002, y fue publicado en D.O.F., el 27 de Mayo se 2002.” Vid. Nota 19.

⁷⁰ Cfr. http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm. (Consultado el 25/01/2012.) “Trato nacional: Igual trato para nacionales y extranjeros. Las mercancías importadas y las producidas en el país deben recibir el mismo trato, al menos después de que las mercancías extranjeras hayan entrado en el mercado. Lo mismo debe ocurrir en el caso de los servicios extranjeros y nacionales, y en el de marcas de fábrica o de comercio, Derechos de Autor y patentes extranjeros y nacionales.”

⁷¹ *Ibidem*. Nota 59. Preámbulo.

⁷² *Ibidem*. Nota 59. Artículo 1.

fonograma, radiodifusión, y comunicación al público de una interpretación o ejecución o de un fonograma; donde se contempla el uso de dispositivos, la transmisión inalámbrica, u otras formas de transmisión siempre que resulten audibles al público.⁷³

- Los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes comprenden la facultad que tienen para salvaguardar su interpretación así como su prestigio, preservar la integridad de la interpretación en beneficio de generaciones futuras, salvaguardándola de cualquier alteración o mutilación que vaya en detrimento.⁷⁴
- Los artistas intérpretes o ejecutantes gozan de los siguientes derechos en relación con sus interpretaciones o ejecuciones: la radiodifusión y comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas (excepto cuando la interpretación o ejecución constituya por sí misma una ejecución o interpretación radiodifundida), y la fijación de sus ejecuciones o interpretaciones no fijadas.⁷⁵
- En cuanto al derecho de reproducción, los artistas intérpretes o ejecutantes gozan del derecho exclusivo para reproducir directa o indirectamente sus representaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas.⁷⁶
- El derecho para distribuir la obra comprende la facultad para autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de las interpretaciones o ejecuciones a través de la venta u otra transferencia de propiedad.⁷⁷
- El derecho de alquiler⁷⁸ es aquel del que gozan las partes para autorizar el alquiler comercial al público del original y los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas.⁷⁹
- En cuanto al derecho de poner a disposición interpretaciones o ejecuciones que estén fijadas en un soporte, los artistas e intérpretes gozarán del derecho exclusivo para ponerlas a disposición del público. Éste es un derecho que ha originado que este tratado se le domine tratado internet, ya que esta puesta a disposición abarca la puesta al público interactivamente y previa solicitud por internet.⁸⁰

Las disposiciones comunes que se refieren a los derechos de los productores de fonogramas están en el Capítulo III de este tratado. En tanto las disposiciones que se aplican tanto a los artistas intérpretes como a los productores de fonogramas son: remuneración equitativa y única; limitaciones y excepciones; duración de la protección; obligaciones relativas a las Medidas Tecnológicas; obligaciones relativas a la información sobre gestión de derechos; reservas a las aplicaciones en el tiempo, y observancia de los derechos.

⁷³ *Ibidem*. Nota 59. Artículo 2.

⁷⁴ *Ibidem*. Nota 59. Artículo 5, numeral 2.

⁷⁵ *Ibidem*. Nota 59. Artículo 6.

⁷⁶ *Ibidem*. Nota 59. Artículo 7.

⁷⁷ *Ibidem*. Nota 59. Artículo 8.

⁷⁸ Cfr. Obón León, José Ramón, *Nuevo derecho de los artistas intérpretes*, op, cit, nota 23, p. 274. “Este derecho no está debidamente regulado en la legislación mexicana.”

⁷⁹ *Ibidem*. Nota 59. Artículo 9.

⁸⁰ *Ibidem*. Nota 59. Artículo 10.

El derecho a remuneración por radiodifusión y comunicación al público comprende:

- Tanto los artistas intérpretes o ejecutantes como los productores de fonogramas gozarán del derecho a una remuneración equitativa y única por el uso directo o indirecto de la radiodifusión; y para cualquier comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales. También tienen derecho a reclamar la remuneración siempre y cuando se sigan los lineamientos propuestos por la Convención de Roma, mediante acuerdo entre las partes beneficiadas o a través de la legislación nacional. Toda parte contratante podrá notificar al director general de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual para que aplique ciertos usos.
- Los fonogramas que se pongan a disposición del público (ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso), serán considerados como si se hubiesen publicado con fines comerciales.⁸¹

Las limitaciones y excepciones que contempla establecen que las partes contratantes podrán instaurar los mismos tipos que contenga su legislación respecto a la protección del Derecho de Autor de las obras literarias y artísticas, con relación a las limitaciones de los derechos que atañen a artistas y a productores de fonogramas. Las partes contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en el tratado en ciertos casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la interpretación o ejecución o del fonograma ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante o del productor del fonograma.⁸²

Al respecto se establece también que:

- La protección de los derechos tanto para los artistas intérpretes o ejecutantes como para los productores no podrá ser inferior a cincuenta años contados: a partir del final del año en que la interpretación o ejecución fue fijada en un fonograma, y desde el final del año en el que se realizó la fijación.

⁸¹ Parets Gómez, Jesús, *op. cit.*, nota 17, p. 333, “Declaración concertada respecto del Artículo 15: “Queda entendido que el Artículo 15 no representa una solución completa del nivel de derechos de radiodifusión y comunicación al público de que deben disfrutar los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas en la era digital. Las delegaciones no pudieron lograr consenso sobre propuestas divergentes en lo relativo a la exclusividad que debe proporcionarse en ciertas circunstancias o en lo relativo a derechos que deben preverse sin posibilidad de reservas, dejando la cuestión en consecuencia para resolución futura. Declaración concertada respecto del Artículo 15. Queda entendido que el Artículo 15 no impide la concesión del derecho conferido por este Artículo a artistas intérpretes o ejecutantes de folclore y productores de fonogramas que graben folclore, cuando tales fonogramas no se publiquen con la finalidad de obtener beneficio comercial.”

⁸² *Ibidem.* “Declaración concertada respecto del Artículo 16: La declaración concertada relativa al Artículo 10 (sobre limitaciones y excepciones) del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor también se aplica *mutatis mutandis* al Artículo 16 (sobre limitaciones y excepciones) del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.” El texto de la declaración concertada respecto del Artículo 10 del WCT tiene la redacción siguiente: “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.”

- Las partes contratantes proporcionaran una adecuada seguridad jurídica así como 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 de sus interpretaciones o ejecuciones o fonogramas.

La información relativa sobre gestión de derechos comprende: la información que identifica al artista intérprete o ejecutante a la interpretación o ejecución del mismo; al productor del fonograma (al fonograma y al titular de cualquier derecho sobre interpretación o ejecución o el fonograma); la información sobre las cláusulas y condiciones del uso de la interpretación o ejecución o del fonograma, y todo número o código que represente tal información.

En cuanto a la obligación sobre la gestión de derechos, los Estados contratantes proporcionarán recursos jurídicos adecuados y efectivos contra cualquier persona que, con conocimiento de causa, realice cualquiera de los siguientes actos:

- Suprima o altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos;
- Distribuya, importe para su distribución, emita, comunique o ponga a disposición del público, sin autorización, interpretaciones o ejecuciones, ejemplares de interpretaciones o ejecuciones fijadas o fonogramas sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.

Finalmente, también es de resaltar lo siguiente:

- Este tratado establece el compromiso para los Estados contratantes de adoptar – de conformidad con sus sistemas jurídicos-, las medidas necesarias para asegurar la aplicación del mismo; así como, que en su legislación se establezcan procedimientos de observancia a los derechos que permitan la adopción de *medidas eficaces* contra cualquier acción infractora de los derechos a que se refiere el Tratado.

Ahora, no obstante que los instrumentos analizados (TOMPIDA y TOMPIIEF) otorgan protección frente a los nuevos acontecimientos económicos, sociales, culturales y tecnológicos que inciden en la protección de los Derechos de Autor y Derechos Conexos (especialmente debido al impacto que ha tenido el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y comunicación), resultan evidentes dos cosas:

Primero, en ambos tratados se contempla el fenómeno del “agotamiento” del Derecho de Autor, que desde nuestra óptica, aún cuando se les llame “limitaciones de los derechos de propiedad intelectual”, en realidad son limitaciones al ejercicio de los derechos morales del Autor. Pues una vez “agotados”, el Autor no puede pretender que se le dé ningún reconocimiento, que se respete la integridad de su obra o que se le dé un tratamiento despectivo a la misma; y

Segundo, que la pretendida protección a través de Medidas Tecnológicas –de manera coincidente con nuestra visión-, implica, además de una precisa determinación de las diversas formas de ejercitar los derechos en el ámbito digital, comporta también

–y esto no ha sido claramente determinado–, la necesidad de una clara concepción de los diversos mecanismos que estas tecnologías emplean para hacer eficaz la protección pretendida.

En razón de esta última consideración se sostiene que si bien dichos tratados internacionales pudieran ser orientadores respecto de las limitaciones que se encuentran presentes en nuestro derecho, el análisis realizado al fenómeno de las Medidas Tecnológicas prevé necesidades relevantes que aún no son consideradas en aquellos instrumentos internacionales, pero que tampoco podrían haber sido considerados sino hasta que nos viéramos forzados a profundizar –como ahora sucede–, en los excesos a los que pueden llevar la protección a través de Medidas Tecnológicas, tal como ahora ocurre ante los postulados contenidos en propuestas como el ACTA, o la SOPA.

5. DISPOSICIONES RELEVANTES EN EL SISTEMA DEL *COMMON LAW*

Ahora veremos como está reglamentado el Derecho de Autor en el Reino Unido y en los Estados Unidos de América, los principales Estados que sostienen el sistema del *Common Law*, a efecto de buscar elementos que nos permitan ampliar nuestra comprensión del contexto en el que surgen propuestas legislativas como el proyecto del Acuerdo comercial Anti-Falsificación o ACTA (por sus siglas en inglés: *Anti-Counterfeiting Trade Agreement*), o de la Ley para detener la piratería en Línea o SOPA (por sus siglas en inglés: *Stop Online Piracy Act*).

5.1. Reino Unido

Independientemente de que el reconocimiento de los derechos morales ya existía desde el derecho romano (véase la *actio iniuriarum* por ejemplo), el *copyright* es una figura que se originó en la Gran Bretaña en el año de 1710, a través de la ley (Act) conocida como “Estatuto de la Reina Ana” (Ana de Estuardo, 1665–1714, reina de Inglaterra, Escocia e Irlanda desde el 8 de marzo de 1702 hasta su muerte el 1º de agosto de 1714).⁸³

Esta Ley fue promulgada con el pretexto de impulsar el aprendizaje, y que se respetase el derecho de los autores a decidir con qué editor publicaban su obra, pero en realidad es resultado de una situación política en la que, aprovechando las manifestaciones de inconformidad de los gremios de impresores y editores,⁸⁴ contra la abolición de sus privilegios de ser los únicos autorizados para reproducir obras literarias y contra las ediciones importadas⁸⁵ no autorizadas –vendidas a un precio

⁸³ En ese mismo siglo XVI, en Francia y España también se dictaron normas similares.

⁸⁴ ...y de escritos de célebres escritores como John Locke.

⁸⁵ Cfr. Wilson Rafael en Ríos Ruiz, en “Tras la SOPA. Dialogo sobre derecho de autor en la Era Digital”, publicado en <http://lexdigitalis.lamula.pe/2012/01/22/tras-la-sopa-dialogo-sobre-derechodeautor-en-la-era-digital/lexdigitalis> Consultado el 25/01/2012. “... acabó con el derecho de copia de los Stationer’s Companies, basado en el Royal Charter de 1557.”

menor que el producto local-, Ana de Estuardo, quien pertenecía a la primera dinastía bajo la cual se consolida la monarquía parlamentaria sobre la monarquía absoluta y gobiernan las tres naciones que recién habían constituido la Gran Bretaña (Inglaterra, Escocia e Irlanda), gobernaba en condiciones muy críticas,⁸⁶ fue llevada a reconocer a los impresores, -bajo aquellos pretextos y para consolidar su gestión-, la prerrogativa de ser los únicos quienes podrían copiar, reproducir y publicar las obras, dándoles un plazo de protección de 14 años, prorrogable por otros 14 años si es que el autor aún se encontraba con vida.⁸⁷

En el estatuto de la Reina Ana,⁸⁸ no se incluyó la palabra *copyright*; se incorporó en un cuerpo legislativo hasta 1801, en el *Copyright Act*.⁸⁹

El término *copyright* se desarrolló a través de tres momentos históricos que se encuentran plasmados en las definiciones que se han presentado en los cuerpos legislativos del Reino Unido.

En un primer momento, el *copyright* se define como la libertad exclusiva para imprimir o multiplicar copias de libros, hojas de música impresa y planos. En una segunda época, el *copyright* se extendió para comprender el derecho de ejecución pública así como los demás actos de reproducción; por último, la tercera etapa del *copyright* cubre tanto obras originales como producciones que no requieren originalidad para ser sujetas a protección; por ejemplo, las grabaciones de sonido o transmisiones de televisión o sonido.

En la actualidad,⁹⁰ el *copyright* confiere derechos que comprenden: las producciones (grabaciones de sonido), transmisiones de radio, televisión o vía cable.⁹¹

Señala como actos restringidos: la reproducción (*copying*); es decir, expedir copias al público; el derecho a realizar adaptaciones a la obra; el control de la renta; la ejecución pública por cualquier modo de representación ya sea acústica o visual; el préstamo al público de la obra; la radiodifusión y la transmisión por cable de la obra.⁹²

⁸⁶ Por ser descendiente de una familia católica en una nación bajo el control protestante, por la presión que el poder de la unión aduanera le produjo a su gobierno, por verse forzada a ceder en muchos ámbitos, independientemente del sufrimiento personal que le causaba no poder consolidar una descendencia.

⁸⁷ Lypszyc Delia, *Derechos de Autor y Derechos Conexos*, Ediciones UNESCO, 1993.

⁸⁸ El Estatuto de la Reina Ana no comprendía exclusivamente obras publicadas. Los precedentes judiciales protegían las obras no publicadas. Ese estatuto contempló a los libros; pero en 1777 a causa de una decisión histórica la cual involucraba a uno de los hijos de Juan Sebastian Bach, la protección se extendió a la música impresa.

⁸⁹ Cfr. En [http://www.jenkins.eu/copyright-\(statutes\)\(1\)/part-1-index.asp](http://www.jenkins.eu/copyright-(statutes)(1)/part-1-index.asp). Consultado el 25/01/2012. Véase también síntesis de la misma Ley en: http://www.copyrightservice.co.uk/copyright/p01_uk_copyright_law. Consultado el 25/01/2012.

⁹⁰ La última versión es de 1988, que entró en vigor el 1989 y que ha venido sufriendo pequeñas reformas a través de los años.

⁹¹ Cada uno de los derechos puede transferirse o ser objeto de licencia en forma separada o conjunta, el periodo de duración se limita a un número de años posteriores al fallecimiento del autor.

⁹² Cfr. La ley del Copyright del Reino Unido. Capítulos “Bases de Datos” “Excepciones” y “Derechos morales, (...)”. En: http://www.multilingualarchive.com/ma/enwiki/es/Copyright_law_of_the_United_Kingdom#Databases. Consultado el 28/01/2012.

Se regula en forma separada el derecho a controlar las transmisiones por cable así como su ejecución pública.

Hay una división entre derecho a reproducción “grueso”, el cual se reserva para obras autorales (creaciones musicales y literarias), y el derecho “delgado”, es decir: atribuible a producciones no originales como son fonogramas, transmisiones vía cable o vía satélite.

Y si bien el *copyright* en sus orígenes tuvo por objeto reglamentar las formas de reproducción de la obra, dado que siempre existió el pretexto de proteger al autor, el Reino Unido fue el primer país del sistema del *common law* en reconocer los derechos morales (1988) los cuales comprenden: el reconocimiento a ser identificado como el autor de la obra; a impugnar la falsa atribución de la autoría de la obra,⁹³ y el derecho a que su obra se mantenga íntegra,⁹⁴ y a que no se denoste al autor ni su obra. Estos derechos no son transferibles; sin embargo, es posible renunciar al ejercicio de los mismos siempre y cuando este “agotamiento” sea por escrito.

5.2. Estados Unidos

La literatura sobre Derechos de Autor en este país parte de la premisa de la importancia económica de la materia, por lo cual se creó un marco jurídico adecuado con el fin de que sea efectivo tanto a nivel interno como a nivel internacional.

Leyes dominantes que regulan el *copyright* en los E.E.U.U. y sus efectos dominantes son:⁹⁵

- Acto de *copyright* de 1790. Estableció el *copyright* para un término de 14 años con renovación de 14 años;
- Acto de *copyright* de 1909. Extendió el término a 28 años con renovación de 28 años;
- Acto de *copyright* de 1976. Extendió el término a 75 años o a la vida del autor más 50 años, la opción de renovación quedó eliminada, así como el requisito del

⁹³ Para hacer valer este derecho se hace a través de declaración por parte del autor la cual se inserta en la obra o en un instrumento separado. Existen excepciones a este derecho como es el caso de: a) programas de cómputo; b) obras hechas bajo una relación laboral; c) publicaciones en periódicos; d) revistas; e) enciclopedias; f) diccionarios, y g) obras colectivas.

⁹⁴ Este derecho se refiere a una adición, supresión o alteración de obra de tal manera que mutile o perjudique el honor o la reputación del autor. En su jurisprudencia, el juez ha decidido con base al papel de una “persona razonable” sobre la objetividad de poder reclamar.

⁹⁵ Todos estos documentos se encuentran disponibles en su traducción al español en el mismo sitio web en las extensiones respectivas: http://www.multilingualarchive.com/ma/enwiki/es/Copyright_Act_of_1790;
http://www.multilingualarchive.com/ma/enwiki/es/Copyright_Act_of_1909.;
http://www.multilingualarchive.com/ma/enwiki/es/Copyright_Act_of_1976;
http://www.multilingualarchive.com/ma/enwiki/es/Berne_Convention_Implementation_Act_of_1988;
http://www.multilingualarchive.com/ma/enwiki/es/Uruguay_Round_Agreements_Act;
http://www.multilingualarchive.com/ma/enwiki/es/Copyright_Term_Extension_Act;
http://www.multilingualarchive.com/ma/enwiki/es/Digital_Millennium_Copyright_Act;
http://www.multilingualarchive.com/ma/enwiki/es/Family_Entertainment_and_Copyright_Act.

registro;

- Acto de la puesta en práctica de la convención de Berna de 1988 dentro del *copyright* establecido en los E.E.U.U;
- Acto de Acuerdos de la Ronda de Uruguay (URAA) de 1994, donde quedan restaurados los *copyright* para ciertos trabajos extranjeros;
- Acto de la extensión del término del *copyright* (CTEA) de 1998, conocido alternativamente como Acto de *Sonny Bono*, o peyorativamente como el Acto de protección del Ratón *Mickey*. Extendió el término a 70 años después de la muerte del autor o, si la obra es un trabajo para una corporación, entonces el *copyright* persiste por 120 años después de la creación o 95 años después de la publicación;
- Acto de *copyright* del Milenio Digital de 1998 (DMCA por Digital Millennium Copyright Act), donde se tipifica como delito la producción y difusión de la tecnología, los dispositivos o servicios destinados a eludir las Medidas Tecnológicas (comúnmente conocida en Estados Unidos como “administración de derechos digitales” o DRM por sus siglas en Ingles)⁹⁶ que controlan el acceso a las obras protegidas. También se tipifica como delito el acto de eludir un control de acceso, si existe o no una infracción real de los Derechos de Autor en sí. Además, la DMCA incrementa las sanciones por infracción de Derechos de Autor en Internet. No obstante es notable también por que en ella se establece la exención de responsabilidades directas e indirectas de los proveedores de servicios de Internet y otros intermediarios.⁹⁷
- Entretenimiento familiar y Ley de Copyright de 2005, donde se penalizan más casos de la infracción del *copyright*, y se regula el uso de tecnologías que “esterilizan” trabajos que pudieran considerarse “indecentes” o “sucios” para los usuarios de la obra colocados en circunstancias de “entretenimiento familiar”.

La legislación de este país, dispone como derechos exclusivos para: autorizar y para hacer. Estos derechos facultan al autor para reproducir, distribuir, adaptar, ejecutar y reproducir la obra. Asimismo, confiere un derecho a la ejecución pública sobre fonogramas, el cual se limita a transmisiones de audio digital.

Estados Unidos no reconocen ningún derecho absoluto, natural en un autor para evitar que terceros realicen el copiado o exploten de otra manera su trabajo. Las leyes de *copyright* dan característica limitadas a los derechos de los autores sobre sus trabajos con el propósito de beneficiar al público, animando la creación y la difusión. El interés del autor es secundario a del público.

La distinción entre la “idea” y la “expresión” es una parte fundamental de la ley de los EE.UU.

En este marco jurídico también se tienen mecanismos para hacer valer los derechos morales. En primer lugar, se puede atribuir la autoría vía contrato; en segundo

⁹⁶ Cfr. http://en.wikipedia.org/wiki/Digital_rights_management. Es reveladora la coincidencia de la descripción aquí hecha con las aseveraciones producidas en este ensayo en su capítulo tres.

⁹⁷ Contrario a lo que se pretende con el ACTA o con la SOPA. Vid. Capítulo 3.2. Tipos de interoperabilidad, de este trabajo.

lugar, la falsa atribución se sanciona a través de la *Lanham Act*, la cual regula la competencia desleal.

Por último, en caso de difamar o publicar sin autorización, se considera como una invasión a la privacidad.⁹⁸ Mediante el ordenamiento *Visual Artists Rights Acts*, se contempla un régimen especial, el cual es aplicable a los autores de obras artísticas (los ejemplares de edición se limitan hasta 200 copias de pinturas, dibujos, fotografías, grabados o esculturas). Esta ley contempla los derechos de atribución de la obra y la integridad a favor de los artistas plásticos. Estos derechos son intransferibles; sin embargo, se puede renunciar a ellos por escrito, siempre y cuando se especifique la obra y el tipo de uso.

De lo antes expuesto podemos presentar el siguiente cuadro comparativo de las posturas sostenidas por las legislaciones de México, Reino Unido y Estados Unidos, respecto de: a) Originalidad de la obra; b) Formalidades para el reconocimiento de la Autoría; c) A quién se le atribuye la Titularidad de los Derechos; d) Cómo se pierde la Titularidad; e) Supuestos en que se prevé el empleo de Medidas Tecnológicas; y f) Cuáles Medidas Tecnológicas se reglamentan.

País	Originalidad	Formalidades	Titularidad	Pérdida	Cuándo MT	Cuáles MT
México	Postura estricta. La contribución de creatividad o talento del autor debe ser significativa para conferirle protección a la obra.	Se reconoce la autoría a partir de la fijación de la obra en un soporte material, sin estar condicionado al cumplimiento de alguna formalidad.	Autor es una persona física la cual crea la obra.	El derecho moral se pierde sólo por la muerte; el <i>Droit de suite</i> se transmite a los herederos. El derecho patrimonial es lo único que se pueden enajenar	MT para proteger los programas de cómputo, y las transmisiones a través del espectro electromagnético y de redes de telecomunicaciones	Dispositivos electrónicos de protección de programas de cómputo; (LFDA art.231 fr V) y el Cifrado de una señal de telecomunicaciones (CPF art. 426 fr. I y II)
Reino Unido	Para ser acreedor a protección basta: esfuerzo, destreza o ejercicio de juicio.	Como requisito de subsistencia del <i>copyright</i> es necesaria de la fijación de la obra en un soporte material.	Autor es tanto una persona física o entidad legal responsable de la producción en cuestión.	El derecho moral se pierde por la muerte o por su “agotamiento” derivado de los términos de la enajenación del mismo; independientemente del <i>Droit de suite</i> (su transmisión a los herederos y de los Derechos Conexos que se generen).		

⁹⁸ En el caso *Grilliam vs American Broadcasting* (1976) la Corte sancionó la supresión sin autorización de 24 minutos de los 90, debido a que consideraba que contaba un programa de televisión sobre el que se había adquirido el copyright. El juez falló a favor del actor debido a que consideró la conducta de mutilar la obra como una violación a *Laham Act*.

País	Originalidad	Formalidades	Titularidad	Pérdida	Cuándo MT	Cuáles MT
Estados Unidos	Predomina una postura estricta estableciendo que, de acuerdo con su Constitución debe existir un mínimo de creatividad y no mero esfuerzo del productor para que la obra pueda ser protegida por el <i>copyright</i> .	Se sujeta al cumplimiento de formalidades como son el registro y depósito de la obra, así como la inserción de la noticia legal, considerándose como necesarios para el ejercicio del <i>copyright</i> .	Autor es tanto una persona física o entidad legal responsable de la producción en cuestión.	El derecho moral se pierde por la muerte o por su "agotamiento" derivado de los términos de la enajenación del mismo; independientemente del <i>Droit de suite</i> (su transmisión a los herederos y de los Derechos Conexos que se generen).		

6. PROPUESTAS GENERADAS EN EL *COMMON LAW* PARA PROTEGER LOS DERECHOS DE AUTOR EN INTERNET Y REACCIONES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Una vez que se han precisado las diferencias entre lo previsto en nuestra legislación y en la legislación de los dos principales sistemas jurídicos el *Common Law*, además que resulta fácil advertir que los Tratados Internet de la OMPI (TOMPIDA y TOMPIEF) en gran medida están más orientados a reivindicar una protección en términos de la figura del Copyright que en términos de la figura del Derecho de Autor de corte continental, podemos entrar a ver que contemplan las propuestas legislativas conocidas como el ACTA y la SOPA.

6.1. El Acuerdo Comercial Anti Falsificación (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*, o por su acrónimo "ACTA")⁹⁹

Se trata de imponer un nuevo marco legal internacional al cual los países pueden adherirse voluntariamente; se cree que podría crear un nuevo cuerpo fuera de las instituciones internacionales que ya existen, tales como: la Organización Mundial del Comercio, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; la Organización de las Naciones Unidas.

El objetivo es crear un nuevo estándar de aplicación de Propiedad Intelectual más allá de los estándares existentes en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio; y fomentar la cooperación internacional. Se cree que mediante este Acuerdo los Derechos de propiedad Intelectual podrían ser mejorados.

Este Acuerdo protege a bienes físicos contra falsificaciones, se trata de que tenga un

⁹⁹ Cfr. http://www.impi.gob.mx/work/sites/IMPI/resources/LocalContent/2361/27/Consolidated_Text_es_ok.pdf, op cit., Nota 29.

alcance más amplio; por ejemplo, la distribución de Internet y de las tecnologías de la información; incentivar a los proveedores de acceso a Internet (ISP) a cooperar con los titulares de derechos en eliminar materiales que infringen la ley,

Sin embargo como ya se había señalado, en él se protege la Propiedad Intelectual en general y la distinción entre Propiedad Industrial y Derechos de Autor no es clara.¹⁰⁰

Asimismo, el alcance y protección con base en Medidas Tecnológicas es extralimitado, pues propone como remedio ante el uso de obras sin pago de regalías:

1. De manera expresa, imponer a todo ISP la obligación informar los datos de los usuarios que posiblemente lo hagan:

“Las Partes podrán otorgar, conforme a sus leyes y reglamentos, a sus autoridades competentes la facultad de ordenar a un **proveedor de servicios** en línea que divulgue de forma expedita a un titular de derechos, información suficiente para identificar a un suscriptor cuya cuenta se presume fue utilizada para llevar a cabo una infracción, cuando dicho titular de derechos haya presentado una reclamación suficientemente legal de infracción de al menos marcas registradas y Derechos de Autor y Derechos Conexos y donde dicha información se busque para efectos de protección o (*sic*) observancia de al menos la marca registrada del titular de derechos y los Derechos de Autor o los Derechos Conexos. Estos procedimientos deberán ser implementados de forma tal que eviten la creación de barreras para actividades legítimas, incluido el comercio electrónico, y, de forma consistente con la legislación de cada una de las Partes, mantengan los principios fundamentales tales como libertad de expresión, procesos justos y privacidad.”¹⁰¹

2. Y de manera implícita –así se refirió en las sesiones de la Consulta pública que realizó el Senado de la República de febrero a septiembre de 2011–,^{102 103} el Acuerdo también propone que se dé la suspensión de los servicios de Internet, luego que este remedio es considerado como una de las medidas cautelares *inaudita altera parte*¹⁰⁴ ahí previstas:

“Las autoridades judiciales tendrán la autoridad para adoptar medidas cautelares *inaudita altera parte* cuando sea apropiado, particularmente cuando un retraso pueda

¹⁰⁰ *Íbidem*. “Está orientado a detener la piratería en general, tanto de productos en el mercado protegidos por la propiedad industrial, como de datos o información disponibles a través de la red informática mundial (*www* o *World Wide Web*). Véase en el Artículo 1.X: *Definiciones*, donde se contempla tanto “*Bienes de marca registrada falsificados*”, como “*Bienes protegidos por el derecho de autor objeto de piratería*”. (Consultado el 10/12/2011.)

¹⁰¹ *Íbidem*. Artículo 2.18: *Observancia en el ambiente digital*, Numeral 4. Consultado el 10/12/2011.

¹⁰² Cfr. <http://angelbc.wordpress.com/2011/09/07/ayer-en-el-senado-el-tratado-acta-es-rechazado-en-mexico/>.

¹⁰³ Así también lo refirió Richard Stallman, Presidente de la Fundación de Software Libre: “*ACTA amenaza, de una manera encubierta, castigar con desconexión a Internet a los usuarios si se les acusa de compartir,...*” el miércoles 16 de junio de 2010 en Boston, Massachusetts, EE.UU. *Vid.* <http://proyecto-fedora.org/mexico/2010/06/18/acta-otro-atentado-contranuestras-libertades-%C2%A1no-lo-permitas/>

¹⁰⁴ La expresión “*inaudita altera parte*” traducida literalmente significa: No haber oído a la otra parte; Pero se utiliza comúnmente en el ámbito jurídico para indicar todas las providencias urgentes que el juez emite para hacer frente a situaciones en las que cualquier demora entrañaría un daño o riesgo de daño a un interés o derecho. En general, el sacrificio impuesto debe ser proporcional a la magnitud del riesgo o prevenir el daño en el caso. Ciertamente se puede definir como una excepción al principio general de contradicción que pretende la posibilidad de objeciones por parte del sujeto sacrificado por la decisión judicial. *Vid.* http://it.wikipedia.org/wiki/Inaudita_altera_parte.

ocasionar daños irreparables al titular de derechos, o cuando se demuestre que hay riesgo de que las pruebas sean destruidas. En los procedimientos que se lleven a cabo inaudita altera parte cada Parte deberá dar a sus autoridades judiciales la autoridad para actuar de forma expedita en las solicitudes de medidas cautelares inaudita altera parte, y para tomar una decisión sin retrasos indebidos.”¹⁰⁵

Con lo cual se obliga a los ISP a vulnerar el derecho a la privacidad de los usuarios de Internet y se vulnera el derecho de Acceso a la Información, entre otros.

Este Acuerdo que se empezó a negociar desde 2006 ha generado que en muchas partes del mundo también se promuevan otras leyes tendientes en el endurecer las medidas mediante las cuales se protege a los artistas; y lo que es peor, se promueven medidas extra-judiciales para castigar el intercambio de archivos con *copyright* vía intercambio de archivos (*file-sharing*) por acuerdos voluntarios entre los actores involucrados¹⁰⁶ o bien, de la misma manera que en el ACTA, limitando el acceso a internet a través de los ISPs. Y de todas esas propuestas legislativas, la más inquietante es la SOPA.

6.2. Ley para detener la piratería en Línea (Stop Online Piracy Act o SOPA)¹⁰⁷

Este es un proyecto de ley que se presentó en la Cámara de los Representantes de los Estados Unidos, el día 26 de octubre de 2011, y tiene como característica principal el hecho de contener una ampliación del ámbito espacial de aplicación de una ley estadounidense para proteger los derechos autorales y Derechos Conexos protegidos por la ley de propiedad intelectual y combatir el tráfico en la red de obras y productos falsificados. Está ley permitiría al Departamento de Justicia de Estados Unidos así como los titulares de Derechos de Autor a buscar las órdenes judiciales contra aquellos sitios *web* que almacenen y distribuyan copias ilegales de sus obras o que infrinjan los Derechos de Autor, así como contra los sitios de los ISP acusados de permitir, y/o de facilitar cualquier infracción del *copyright* (siendo suficiente para ello con que los ISP no aplicaran filtros para identificar los sitios visitados por sus usuarios).

Pero de manera más específica, este proyecto de ley establecía:

- Autorizar al Departamento de Justicia de Estados Unidos para que recaben órdenes judiciales contra los sitios *web* fuera de jurisdicción de los Estados Unidos que estén acusados de infringir los Derechos de Autor, o de permitir o facilitar la infracción de *copyright*.

(b) Action by the Attorney General-

¹⁰⁵ Cfr. http://www.impi.gob.mx/work/sites/IMPI/resources/LocalContent/2361/27/Consolidated_Text_es_ok.pdf, op cit., nota 29. Artículo 2.5: Medidas cautelares, Numerales 1 y 2. Consultado el 10/12/2011.

¹⁰⁶ El *file-sharing* o compartición de archivos es el acto de distribuir o proveer acceso a información almacenada digitalmente, como programas informáticos, obras multimedia (audio, video), documentos, o libros electrónicos. Cuya implementación en el ámbito de Internet mediante instalaciones centralizadas de servidores de archivos, permite el acceso a la información a través de un “*link*” (enlace) o, cuando los archivos son muy pesados, a través del uso de redes *peer-to-peer* (Par a par o “P2P”) distribuidas.

¹⁰⁷ Cfr. *Stop Online Piracy Act*. En <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112hr3261ih/pdf/BILLS-112hr3261ih.pdf>. Consultado el 22/12/2011.

(1) *IN PERSONAM*- The Attorney General may commence an in personam action against--

(A) a registrant of a domain name used by a foreign infringing site; or

(B) an owner or operator of a foreign infringing site.

(2) *IN REM*- If through due diligence the Attorney General is unable to find a person described in subparagraph (A) or (B) of paragraph (1), or no such person found has an address within a judicial district of the United States, the Attorney General may commence an in rem action against a foreign infringing site or the foreign domain name used by such site.

- Después de la entrega de una orden judicial de parte de los Estados Unidos, el Fiscal General podría otorgar una orden dirigida: a los proveedores de servicios de Internet, las redes de anuncios como *Google* y procesadores de pago como *Paypal* o *Visa* para que suspendan los negocios con los sitios que vulneran las leyes penales federales de propiedad intelectual a fin de que se tomen medidas técnicas que impidan el acceso al sitio infractor.

(3) *NOTICE*- Upon commencing an action under this subsection, the Attorney General shall send a notice of the alleged violation and intent to proceed under this section--

(A) to the registrant of the domain name of the Internet site--

(i) at the postal and electronic mail addresses appearing in the applicable publicly accessible database of registrations, if any, and to the extent such addresses are reasonably available; and

(ii) via the postal and electronic mail addresses of the registrar, registry, or other domain name registration authority that registered or assigned the domain name of the Internet site, to the extent such addresses are reasonably available; or

(B) to the owner or operator of the Internet site--

(i) at the primary postal and electronic mail addresses for such owner or operator that is provided on the Internet site, if any, and to the extent such addresses are reasonably available; or

(ii) if there is no domain name of the Internet site, via the postal and electronic mail addresses of the Internet Protocol allocation entity appearing in the applicable publicly accessible database of allocations and assignments, if any, and to the extent such addresses are reasonably available; or

(C) in any other such form as the court may provide, including as may be required by rule 4(f) of the Federal Rules of Civil Procedure.

- Prohibición a los motores de búsqueda¹⁰⁸ (como *Google*, *Yahoo*, *Licos*, *Altavista*, *Alexa*, *MSN*, *Netscape*, etc.) para que muestren enlaces con los sitios infractores de Derechos de Autor.

(B) *INTERNET SEARCH ENGINES*- A provider of an Internet search engine shall take technically feasible and reasonable measures, as expeditiously as possible, but in any case

¹⁰⁸Un motor de búsqueda, también conocido como buscador, es un sistema informático que busca archivos almacenados en servidores web gracias a un programa robot (*bots*) que inspecciona las páginas de la web de forma metódica y automatizada).

within 5 days after being served with a copy of the order, or within such time as the court may order, designed to prevent the foreign infringing site that is subject to the order, or a portion of such site specified in the order, from being served as a direct hypertext link.

- Un proceso en dos etapas para los titulares de derechos de propiedad intelectual. El titular tendrá la facultad de encontrar remedios en contra el sitio que haya cometido la infracción; éste deberá notificar por escrito, sobre violaciones que tengan relación con los facilitadores de pago y redes de publicidad de la identidad del sitio web; también deberá enviar notificación sobre la suspensión de los servicios a que el sitio web identificado, a menos que el sitio ofrece una contra-notificación que explica por qué no es una violación.

Denying U.S. Financial Support of Sites Dedicated to Theft of U.S. Property-

(1) PAYMENT NETWORK PROVIDERS- Except in the case of an effective counter notification pursuant to paragraph (5), a payment network provider shall take technically feasible and reasonable measures, as expeditiously as possible, but in any case within 5 days after delivery of a notification under paragraph (4), that are designed to prevent, prohibit, or suspend its service from completing payment transactions involving customers located within the United States and the Internet site, or portion thereof, that is specified in the notification under paragraph (4).

(2) INTERNET ADVERTISING SERVICES- Except in the case of an effective counter notification pursuant to paragraph (5), an Internet advertising service that contracts with the operator of an Internet site, or portion thereof, that is specified in a notification delivered under paragraph (4), to provide advertising to or for such site or portion thereof, or that knowingly serves advertising to or for such site or portion thereof, shall take technically feasible and reasonable measures, as expeditiously as possible, but in any case within 5 days after delivery the notification under paragraph (4), that are designed to--

(A) prevent its service from providing advertisements to or relating to the Internet site, or portion thereof, that is specified in the notification;

(B) cease making available advertisements for such Internet site, or portion thereof, that is specified in the notification, or paid or sponsored search results, links, or other placements that provide access to such Internet site, or portion thereof, that is specified in the notification; and

(C) cease providing or receiving any compensation for advertising or related services to, from, or in connection with such Internet site, or portion thereof, that is specified in the notification.

(5) COUNTER NOTIFICATION-

(A) REQUIREMENTS- Subject to subparagraph (B), a counter notification is effective under this paragraph only if it is a written communication that is provided to the designated agent of a payment network provider or an Internet advertising service and includes substantially the following:

(i) A physical or electronic signature of the owner or operator of the Internet site, or portion thereof, specified in a notification under paragraph (4) subject to which action is to be taken by the payment network provider or Internet advertising service under paragraph (1) or (2), or of the registrant of the domain name used by such site or portion thereof.

(ii) In the case of an Internet site specified in the notification under paragraph (4) that is a

foreign Internet site, a statement that the owner or operator, or registrant, consents to the jurisdiction of the courts of the United States, and will accept service of process from the person who provided notification under paragraph (4), or an agent of such person, for purposes of adjudicating whether the site is an Internet site dedicated to theft of U.S. property under this section.

(iii) A statement under penalty of perjury that the owner or operator, or registrant, has a good faith belief that it does not meet the criteria of an Internet site dedicated to theft of U.S. property as set forth under this section.

(iv) The name, address, email address, and telephone number of the owner, operator, or registrant.

- El titular de los derechos estará autorizado para iniciar acciones legales: por orden judicial, hacer uso de medidas cautelares limitadas en contra del operador del sitio (en caso de una reclamación contra la notificación); en relación con el pago de los servicios de publicidad para no suspender el servicio en ausencia de una notificación de oposición.

(d) Actions Based on Court Orders-

(1) SERVICE AND RESPONSE-

(A) SERVICE BY QUALIFYING PLAINTIFF- A qualifying plaintiff, with the prior approval of the court, may serve a copy of a court order issued under subsection (c) on similarly situated entities described in paragraph (2). Proof of service shall be filed with the court.

(B) RESPONSE- An entity served under subparagraph (A) shall, not later than 7 days after the date of such service, file with the court a certification acknowledging receipt of a copy of the order and stating that such entity has complied or will comply with the obligations imposed under paragraph (2), or explaining why the entity will not so comply.

(C) VENUE FOR SERVICE- A copy of the court order may be served in any judicial district where an entity resides or may be found.

(2) REASONABLE MEASURES- After being served with a copy of an order pursuant to this subsection, the following shall apply:

(A) PAYMENT NETWORK PROVIDERS-

(i) PREVENTING AFFILIATION- A payment network provider shall take technically feasible and reasonable measures, as expeditiously as possible, but in any case within 5 days after being served with a copy of the court order, or within such time as the court may order, that are designed to prevent, prohibit, or suspend its service from completing payment transactions involving customers located within the United States or subject to the jurisdiction of the United States and any account--

(I) which is used by the Internet site dedicated to theft of U.S. property that is subject to the order; and

(II) through which the payment network provider would complete such payment transactions.

(ii) NO DUTY TO MONITOR- A payment network provider is in compliance with clause (i) if it takes action described in that clause with respect to accounts it has as of the date of service of the order, or as of the date of any subsequent notice that its service is being used to complete payment transactions described in clause (i).

(B) INTERNET ADVERTISING SERVICES-

(i) REQUIRED ACTIONS- An Internet advertising service that contracts with the Internet site dedicated to theft of U.S. property that is subject to the order to provide advertising to or for such Internet site, or that knowingly serves advertising to or for such internet site, shall take technically feasible and reasonable measures, as expeditiously as possible, but in any case within 5 days after being served with a copy of the order, or within such time as the court may order, that are designed to--

(I) prevent its service from providing advertisements to or relating to the Internet site;

(II) cease making available advertisements for the Internet site, or paid or sponsored search results, links, or other placements that provide access to the Internet site; and

(III) cease providing or receiving any compensation for advertising or related services to, from, or in connection with the Internet site.

- Las acciones judiciales comprenden: la restricción de las redes de publicidad online a los facilitadores de pago como *PayPal* para hacer negocios con el sitio *web* de infracción; exigir a los proveedores de servicios de Internet el bloqueo y acceso a estos sitios; la transmisión no autorizada de contenidos con *copyright* serán considerados como delito grave; otorga inmunidad a los servicios de Internet que voluntariamente tomen medidas contra los sitios *web* dedicados a la infracción.

SEC. 104. No cause of action shall lie in any Federal or State court or administrative agency against, no person may rely in any claim or cause of action against, and no liability for damages to any person shall be granted against, a service provider, payment network provider, Internet advertising service, advertiser, Internet search engine, domain name registry, or domain name registrar for taking any action described in section 102(c)(2), section 103(d)(2), or section 103(b) with respect to an Internet site, or otherwise voluntarily blocking access to or ending financial affiliation with an Internet site, in the reasonable belief that--

(1) the Internet site is a foreign infringing site or is an Internet site dedicated to theft of U.S. property; and

(2) the action is consistent with the entity's terms of service or other contractual rights.

SEC. 105. (a) Refusal of Service- A service provider, payment network provider, Internet advertising service, advertiser, Internet search engine, domain name registry, or domain name registrar, acting in good faith and based on credible evidence, may stop providing or refuse to provide services to an Internet site that endangers the public health.

- Aumento de las penas en caso de: *streaming* de vídeo; venta de medicamentos falsificados, material militar o artículos de consumo. Se considerará como delito grave la transmisión no autorizada de contenidos *copyprotected*.¹⁰⁹

SEC. 201. STREAMING OF COPYRIGHTED WORKS IN VIOLATION OF CRIMINAL LAW. (a) Title 17 Amendments- Section 506 (a) of title 17, United States Code, is amended to read as

¹⁰⁹*Copyprotected* es un concepto que engloba, no sólo la protección y/o restricción de copia, sino también, la protección de contenido, la obstrucción de copia, la copia de prevención y a todas las técnicas (aún las que no son digitales) utilizadas para prevenir la reproducción de software, películas, música y otros medios de comunicación.

follows:

‘(a) Criminal Infringement-

‘(1) IN GENERAL- Any person who willfully infringes a copyright shall be punished as provided under section 2319 of title 18, if the infringement was committed--

‘(A) for purposes of commercial advantage or private financial gain;

‘(B) by the reproduction or distribution, including by electronic means, during any 180-day period, of 1 or more copies or phonorecords of 1 or more copyrighted works, or by the public performance by means of digital transmission, during any 180-day period, of 1 or more copyrighted works, when the total retail value of the copies or phonorecords, or of the public performances, is more than \$1,000; or

‘(C) by the distribution or public performance of a work being prepared for commercial dissemination, by making it available on a computer network accessible to members of the public, if such person knew or should have known that the work was intended for commercial dissemination.

El Comité Judicial de la Cámara celebró una audiencia sobre SOPA el 16 de noviembre de 2011; se previó que el 15 de diciembre de 2011 se realizaría otra audiencia (luego que el proyecto estaba abierto a cambios), y al quedar inconclusos los trabajos, el evento se pospuso para el 27 de enero de 2012. Fecha en la que, dadas las acciones y manifestaciones realizadas en la red por una gran cantidad de empresas opositoras y por el gran movimiento que se desató a través de las redes sociales en esos días, entre los usuarios contrarios a esa ley, esa audiencia nunca llegó a realizarse.

Entre los principales oponentes encontramos:

MOTORES DE BÚSQUEDA: <i>Google, Yahoo!, YouTube, AOL</i>
REDES SOCIALES: <i>Twitter, LinkedIn, Facebook,</i>
IMPULSORES DE LA SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO: <i>Wikipedia, Wikimedia Foundation, Mozilla Corporation, Reddit, Brookings Institution</i>
IMPULSORES DEL COMERCIO ELECTRÓNICO: <i>Amazon, eBay, PayPal, eBirlain,</i>
IMPULSORES DE LOS DERECHOS EN LA RED: <i>Electronic Frontier Foundation, Human Rights Watch, Organizaciones de Derechos Humanos, Reporteros sin Fronteras</i>

... entre muchos otros.

El 18 de enero de 2012, la edición en inglés de *Wikipedia, Reddit*, y un número aproximado de 7000 sitios web más pequeños coordinaron una medida de protesta que incluyó el apagón de servicios, la exhibición de imágenes censuradas, y enlaces

a páginas que explicaban las leyes SOPA y PIPA¹¹⁰ y sus posibles consecuencias. Se organizaron además otras medidas de protesta, incluyendo la facilitación de enlaces para contactar al Congreso y al Senado de los Estados Unidos, la firma de Actas de petición, (entre las que destaca la de Google que afirma haber obtenido 7 millones de firmas), boicots a compañías que apoyan la legislación y reuniones de protesta en varias ciudades.¹¹¹

El 20 de enero de 2012 el Congreso de los Estados Unidos congeló el proyecto hasta que se consiguiera consenso entre los legisladores respecto de dicho proyecto, y ello sucedió, aún después de que Lamar Smith, el promotor de la Ley, propusiera un cambio en el que se suprimía aquella propuesta de bloquear las páginas que violen la propiedad intelectual.)¹¹² La Cámara de Representantes dejó entrever que no discutirá esta iniciativa de ley hasta que no se cuente con un consenso que permita definir sus repercusiones en Internet.

Simultáneamente grupo de legisladores opositores esbozaron y adelantaron la propuesta de un proyecto alternativo llamado *Online Protection and Enforcement of Digital Trade Act* (OPEN) (Acta de Protección en Línea y Refuerzo del Comercio Digital), mismo que aún se encuentra en desarrollo.

Finalmente el *affair* SOPA/PIPA, tuvo su punto final cuando a través de un comunicado, la Casa Blanca sostuvo que el gobierno de Barack Obama «no apoyará una legislación que reduzca la libertad de expresión».¹¹³

6.3. Reporte de Naciones Unidas sobre la libertad de opinión y expresión

Organismos Internacionales han dictado los puntos para un adecuado uso de las tecnologías de la información; por ejemplo, en Junio de 2011 los relatores especiales de la Organización de las Naciones Unidas y la Comisión Internacional de los Derechos Humanos, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos emitieron la Declaración Conjunta sobre la Libertad de Expresión e Internet en donde se señala que:

- Que se formulen enfoques específicos para responder a contenidos a través de la Internet;
- El reconocer las características de la Internet;

¹¹⁰Protect IP Act (Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act). Otro proyecto similar introducido en la Cámara de Senadores, con efectos posibles aún más graves, pues preveía la eliminación de los obstáculos que impedían a las autoridades americanas intervenir sitios web de otros lugares del mundo,

¹¹¹Se estima que más de 160 millones de personas vieron el aviso de Wikipedia. *Vid.* http://es.wikipedia.org/wiki/Stop_Online_Piracy_Act. Consultado el 15/02/2012.

¹¹²Cfr. http://www.elfinanciero.com.mx/index.php?option=com_k2&view=item&id=1582&Itemid=26. Consultado el 22/01/2012.

¹¹³*Vid.* http://www.seguriteca.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=183:control-en-libertad&catid=17:blog&Itemid=50. (Consultado el 22/01/2012.)

- Capacidad para promover la libertad de expresión;
- El no exigir a los intermediarios el control sobre el contenido que se genere por los usuarios;
- Protección a los intermediarios en cuanto a la responsabilidad del contenido;
- Competencia respecto de causas vinculadas con contenidos de Internet; los cuales deberían corresponder exclusivamente a los Estados donde tales causas presenten impactos directos y genuinos;
- Limitaciones a la libertad de expresión deben establecerse mediante una ley;
- Las normas que regulan el uso de las nuevas tecnologías, en especial los Derechos de Autor, deben tener en cuenta la característica especial de estas tecnologías ya que son herramientas de transformación; las cuales permiten a millones de personas ejercer su derecho a la libertad de pensamiento y expresión, además de otros derechos humanos.
- Otro aspecto en relación con el uso de las tecnologías de la información es la responsabilidad a actividades que tengan algún vínculo con Internet y sobre los contenidos que los usuarios generen; en este caso cuáles son las normas de competencia jurisdiccional para demostrar haber sufrido un perjuicio. ¹¹⁴

En cuanto a la neutralidad de la red, se aborda la problemática en relación con: el tratamiento de datos y el tráfico de Internet los cuales no pueden ser objeto de discriminación en función de factores como dispositivos, contenido, autor, origen y/o destino del material, servicio o aplicación. Los intermediarios de Internet y transparencia en relación con las prácticas que emplean para la gestión del tráfico o la información; prácticas para la puesta a disposición del público en un formato que resulte accesible.

Otra cuestión es la obligación de los Estados para que promuevan el acceso universal a Internet a fin de garantizar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión. El acceso a Internet también es necesario para asegurar el respeto de otros derechos; por ejemplo, el derecho a la educación, la atención de la salud y el trabajo, el derecho de reunión y asociación, y el derecho a elecciones libres. La interrupción de Internet no puede justificarse en ningún caso ni siquiera por razones de orden público o seguridad nacional.

La negación del derecho de acceso a Internet, a modo de sanción, constituye una

¹¹⁴“Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet”, *Organización de los Estados Americanos*, <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=849&IID=2> “b. Las normas de responsabilidad, incluidas las exclusiones de responsabilidad, en los procedimientos civiles, deberían tener en cuenta el interés general del público en proteger tanto la expresión como el foro en el cual se pronuncia (es decir, la necesidad de preservar la función de "lugar público de reunión" que cumple Internet); c. En el caso de contenidos que hayan sido publicados básicamente con el mismo formato y en el mismo lugar, los plazos para la interposición de acciones judiciales deberían computarse desde la primera vez que fueron publicados y solo debería permitirse que se presente una única acción por daños respecto de tales contenidos y, cuando corresponda, se debería permitir una única reparación por los daños sufridos en todas las jurisdicciones (regla de la "publicación única”).”

medida extrema que solo podría estar justificada cuando no existan otras medidas menos restrictivas y siempre que haya sido ordenada por la justicia, teniendo en cuenta su impacto para el ejercicio de los derechos humanos.

En conclusión, las Naciones Unidas consecuentemente con los preceptos que le dan origen: “promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad” y “reafirmar los derechos fundamentales del hombre, la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos”¹¹⁵ a fin de mantenerse como un organismo internacional que promueve el progreso económico y social de todos los pueblos se ocupo de emitir este reporte para que ordenamientos y políticas públicas como la Ley SOPA o el Acuerdo comercial anti-falsificación, generadas con el fin de proteger los Derechos de Autor, no se excedan e interrumpen el acceso a Internet, en virtud de no ser justificable ni por razones de orden público ni por seguridad nacional, ya que cualquier medida que limite el acceso es violatoria de los Derechos Humanos.

7. EL SISTEMA DE LA UNIÓN EUROPEA

Del análisis efectuado a nuestro sistema jurídico en en materia de Derechos de Autor, en particular en relación con las “Medidas Tecnológicas” se revisaron los tratados internacionales que son supletorios de las limitaciones que se encuentran en nuestro derecho; se mostró que lo que estipulan las legislaciones de los Estados Unidos y del Reino Unido y las recientes propuestas ACTA, SOPA, son propuestas surgidas del *Common Law* las cuales –independientemente de el contenido de sus disposiciones en torno al empleo de la Medidas Tecnológicas-, no responden a nuestra tradición jurídica en materia de Derechos de Autor por dar al derecho moral inherente, un tratamiento propio de un bien comercializable y no el de un bien de carácter inalienable; motivando lo anterior, la necesidad de efectuar un análisis, también de las propuestas que se han desarrollado en la Unión Europea (cuyo marco jurídico ha orientado nuestro desarrollo civilista) para determinar hasta qué punto dichas propuestas son adecuadas para nuestro sistema jurídico; y por ende, para determinar qué tipo de protección jurídica se debe ofrecer en el medio digital.

La Unión Europea mediante la Directiva 2001/29/CE de mayo de 2001, publicada en el Diario Oficial N. L 167 de 22/06/2001,¹¹⁶ unifica aspectos referentes a los Derechos de Autor, Derechos Conexos en la sociedad de la información.

Ante el avance de las nuevas tecnologías, esta Directiva responde a la necesidad de crear un marco jurídico general que sea flexible en ámbito comunitario y cuyo fin

¹¹⁵ Cfr. <http://www.un.org/spanish/aboutun/charter.htm> Consultado el 20/02/2012.

¹¹⁶ L 167/10, *Diario Oficial de las Uniones Europeas*, 22.6.2001, Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los Derechos de Autor y derechos afines a los Derechos de Autor en la sociedad de la información, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:ES:PDF>. Consultado el 28/01/2012.

sea fomentar el desarrollo de la sociedad de la información Europea. Al crear un marco jurídico armonizado en materia de Derechos de Autor y Derechos Conexos que otorgue seguridad jurídica, se pretendió dar fomento a la inversión en actividades de creación e intelectual. Al establecer un marco jurídico adecuado en relación con estos derechos, se garantiza que tanto los autores como los intérpretes y los propietarios de Derechos Conexos continúen con su labor creativa y artística.

El desarrollo de la tecnología ha creado nuevas formas para implantar, producir y explotar la propiedad intelectual; por lo cual, los Derechos de Autor como los Derechos Conexos deben adaptarse a las nuevas formas tecnológicas.

Con la creación de un marco jurídico armónico en esta materia, es posible hacer frente a los desafíos tecnológicos, y por tanto propiciar la circulación de servicios o productos que incorporen obras que estén protegidas por Derechos de Autor.

La aplicación de esta Directiva en el entorno digital se efectuará a través de las autoridades competentes en cada uno de los Estados miembros, con el fin de tener certeza jurídica en materia de transparencia y competencia económica; por otra parte, son las sociedades de gestión colectiva quienes representarán a los autores con el fin de proteger los derechos patrimoniales derivados de los derechos intelectuales.

El derecho moral lo ejercen los titulares de los Derechos de Autor conforme a la legislación local de los Estados miembros, al Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas, al Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor, y al Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Industrial sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

La protección a los Derechos de Autor en esta Directiva incluye: el derecho exclusivo para controlar la distribución de la obra incorporada en un soporte tangible; y la primera venta que se efectuó en la Unión del original de una obra o de las copias de la misma. Los Derechos de Autor así como los Derechos Conexos que protege esta Directiva pueden: transmitirse, cederse y ser objeto de licencia contractual.

Esta Directiva instituye ciertas excepciones con relación al derecho exclusivo de reproducción; es decir, se permiten ciertos actos de reproducción provisionales que tengan como objetivo fomentar un proceso tecnológico o el uso lícito de una obra.

“Debe ofrecerse a los Estados miembros la posibilidad de establecer determinadas excepciones o limitaciones en casos tales como aquellos en que se persiga una finalidad educativa o científica, en beneficio de organismos públicos, tales como bibliotecas y archivos, con fines de información periodística, para citas, para uso por personas minusválidas, para usos relacionados con la seguridad pública y para uso en procedimientos administrativos y judiciales.” ¹¹⁷

Se establecen casos de excepción o limitaciones para los titulares de los derechos

¹¹⁷*Ibidem.* L 167/13, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 22.6.2001, Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001, *op. cit.*, nota 109, Numeral. 34.

quienes deben recibir una compensación equitativa con el fin de recompensarlos por el uso que se haya efectuado de sus obras. El criterio implanta que se deben evaluar las circunstancias en las cuales se pueda causar un posible daño a los autores.

El mecanismo de mediación se privilegia como medio para resolver controversias en materia de Derechos Conexos o de autor.

“El recurso a la mediación podría ayudar a los usuarios y titulares de derechos a solucionar los litigios. La Comisión debería realizar, en cooperación con los Estados miembros y en el seno del Comité de contacto, un estudio orientado a encontrar nuevas formas jurídicas para solucionar los litigios sobre los Derechos de Autor y derechos afines a los Derechos de Autor.”¹¹⁸

A través de las innovaciones tecnológicas se permite que los titulares de Derechos de Autor recurran a estas Medidas Tecnológicas; dichas disposiciones están encaminadas a restringir actos de uso o explotación de una obra sin que se cuente con la autorización de los titulares de Derechos de Autor. Sin embargo, existe la posibilidad de que se lleven a cabo actividades ilegales que permitan evadir la protección técnica de tales medidas. Por lo cual, es necesario establecer una protección jurídica armonizada frente a la evasión de Medidas Tecnológicas. Esta unificación deberá restringir de manera efectiva los actos no autorizados por los titulares; propiciar el principio de proporcionalidad, y tampoco deben imponerse medidas que pongan obstáculos para la investigación sobre criptografía.

“Dicha protección jurídica debe cubrir las Medidas Tecnológicas que restringen de manera efectiva los actos no autorizados por los titulares de cualesquiera Derechos de Autor, de derechos afines a los Derechos de Autor o del derecho sui generis en materia de bases de datos, sin por ello impedir el funcionamiento normal de los equipos electrónicos y su desarrollo técnico. Dicha protección jurídica no debe suponer una obligación de conformar los dispositivos, productos, componentes o servicios con dichas Medidas Tecnológicas, siempre que esos dispositivos, productos, componentes o servicios no se encuentren incluidos por otras razones en la prohibición del artículo 6. Dicha protección jurídica debe respetar el principio de proporcionalidad y no debe prohibir aquellos dispositivos o actividades cuyo empleo o finalidad comercial principal persiga objetivos distintos de la elusión de la protección técnica. Esta protección no debe suponer obstáculos, especialmente, para la investigación sobre criptografía.”¹¹⁹

Los Estados deben adoptar sanciones con el fin de castigar la violación a los Derechos de Autor. Estas medidas deben de ser efectivas, proporcionales y disuasivas, tendientes a permitir que sean sujetos a reparar daños y perjuicios, y establecer medidas cautelares cuando sea procedente incautar el material ilícito.

El ámbito de aplicación de esta Directiva abarca una protección jurídica de los Derechos de Autor y Derechos Conexos en el mercado Europeo; no afecta disposiciones que se relacionan con:

¹¹⁸*Ibidem.* L/167/14, Numeral 46,

¹¹⁹*Ibidem.* Artículo 48.

- Derecho de alquiler, préstamo y determinados derechos afines;
- Derechos de Autor y derechos afines a los Derechos de Autor aplicables a la radiodifusión de programas vía satélite y la retransmisión por cable;
- Duración de la protección de los Derechos de Autor y determinados derechos afines a los Derechos de Autor, y
- Protección jurídica de las bases de datos.

Esta Directiva no es aplicable en materia de derechos de reproducción; en relación con el privilegio para comunicar la obra al público, y a distribuirla.

Los Estados miembros establecen el derecho exclusivo para autorizar o prohibir: la reproducción directa o indirecta (permanente o provisional) cuando se use cualquier medio que permita reproducir en parte o la totalidad de las obras.

El derecho para comunicar al público la obra comprende el poner a disposición prestaciones protegidas. Los Estados establecerán el derecho para autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de su obra mediante procedimientos alámbricos o inalámbricos de tal manera que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija. Por otra parte, los autores tienen el derecho exclusivo para autorizar o prohibir que su obra se comunique al público; en cambio, los artistas, intérpretes o ejecutantes tienen el privilegio para permitir o denegar que el soporte en donde se fijó su actuación sea comunicada; los productores de fonogramas sobre sus fonograma tienen derecho para oponerse o consentir que las primeras fijaciones del original y copias sean dadas a conocer; los organismos de radiodifusión tienen el derecho a oponerse que sus emisiones sean fijadas.

El derecho para distribuir implica que los Estados miembros otorguen privilegios a favor de los autores con respecto al original de sus obras para que autoricen o prohíban toda forma de distribución al público. Por otra parte, el derecho de distribución con respecto al original o copias de la obra no se agotará en la Unión en tanto que no se realice la primera venta u otro tipo de excepción.

Esta Directiva establece como excepciones y limitaciones actos de reproducción que no tengan fines de lucro ya que se privilegia el derecho al acceso a la información; por ejemplo, la investigación científica

Las excepciones al derecho de reproducción de una obra son:

- Reproducciones sobre papel u otro soporte que se utilice una técnica fotográfica o proceso similar;
- Uso privado de la obra o indirectamente comerciales siempre y cuando el titular del derecho reciba compensación equitativa;
- Reproducciones efectuadas por bibliotecas, y centros de enseñanza;
- Grabaciones efímeras en tanto su uso tenga el fin de que sea conservado para grabaciones de archivos oficiales;
- Instituciones sociales cuando no persigan fines comerciales;

- Fines educativos e investigación científica, siempre y cuando se indique la fuente e inclusión del autor;
- Uso se realice en beneficio de personas minusválidas;
- Préstamo o se ponga a disposición del público artículos sobre temas de actualidad económica, política o religiosa;
- Citas con fines de crítica o reseña condición que se indique la fuente;
- Cuando tengan como fin la seguridad pública o que garanticen un correcto desarrollo administrativo, judicial o parlamentario;
- Discursos políticos y extractos de conferencias de obras protegidas siempre y cuando se justifique la finalidad normativa;
- El uso que se realice durante festividades religiosas u oficiales;
- Obra incidental;
- Anuncio para exponer o vender una obra de arte;
- Uso a efectos de caricatura, parodia o pastiche;
- Demostración o reparación de equipos;
- Uso de una obra en forma de dibujo o edificio siempre y cuando se tenga como objeto su reconstrucción.

La Directiva establece medidas de protección tecnológicas para la Gestión de derechos mediante: un adecuado marco jurídico por parte de los Estados miembros en contra de la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva; que establezca certeza jurídica para la protección por la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, o publicación con fines comerciales, de cualquier dispositivo.

Las Medidas Tecnológicas son eficaces cuando el uso de la obra o prestación protegidas esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección.¹²⁰ En caso de que los titulares de los derechos no adopten medidas voluntarias los Estados miembros tomarán medidas pertinentes a fin de que los titulares de los derechos faciliten a los beneficiarios de una excepción por el Derecho los medios pertinentes para que puedan interponer la limitación, siempre y cuando el beneficiario esté legalmente facultado para interponerla; las Medidas Tecnológicas que sean adoptadas voluntariamente por los titulares de los derechos también disfrutan de protección jurídica.¹²¹

¹²⁰Por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control del copiado, que logre este objetivo de protección.

¹²¹Esta Directiva se aplicará *mutatis mutandis*; es decir, cambiando lo que haya que cambiar. Se usa para expresar que algo (un texto, un procedimiento...) puede fácilmente cumplir otra función sin más que someterlo a cambios evidentes. cuando se aplique en el contexto de las Directivas: a) Directivas 92/100/CEE Del Consejo, de 19 de Noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los Derechos de Autor en el ámbito de la propiedad intelectual y; b) la Directiva 96/9/CE del Parlamento europeo y Consejo del 11 de marzo de 1996 sobre la protección jurídica de las bases de Datos.

En materia de gestión de Derechos los Estados miembros deben crear un adecuado marco jurídico oponible frente a todas aquellas personas que lleven a cabo sin autorización actos como: suprimir, alterar la información para la gestión electrónica de derechos; distribuir, importar una emisión para radiodifusión, comunicación o puesta a disposición al público de obras o prestaciones protegidas de por la Directiva en las que se haya suprimido o alterado una medida tecnológica de protección sin la que exista consentimiento por parte del titular de Derechos de Autor.

Esta Directiva establece que para la gestión de derechos los titulares de deben facilitar la información la cual identifique la obra o prestación protegida por este ordenamiento.

Para resolver sanciones los Estados miembros deben adoptar medidas necesarias que garanticen a los titulares cuyos intereses se vean perjudicados para que puedan interponer: acción de resarcimiento de daños y perjuicios; solicitar medidas cautelares, y en su caso que se incaute del material ilícito.

Esta Directiva pretende no perjudicar actos en materia de Derechos de Autor que hayan sido adquiridos; y se aplicará sin perjuicio de otras disposiciones relativas a derechos intelectuales.¹²²

7.1. El caso de la Sociedad Belga de Autores, compositores y editores vs Scarlet¹²³

La Sociedad Belga de Autores, Compositores y Editores (*Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs* SCRL –SABAM) es un referente en materia de Medidas Tecnológicas ya que en junio de 2007, ésta obtuvo de un tribunal de primera instancia de Bruselas la condena al ISP, Scarlet Extended SA (un proveedor de servicios de conexión a Internet), para que supervisara las comunicaciones de sus clientes a fin que se bloqueara el intercambio no autorizado (a través de redes P2P) de archivos de música (obras del repertorio de SABAM) cuyo contenido se encontrara protegido y así poner fin las violaciones a los Derechos de Autor. Ordenándosele la utilización para tal fin, el empleo de los medios tecnológicos disponibles para identificar y filtrar dichas operaciones.

Este caso fue sometido por la empresa Scarlet ante el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, el cual mediante sentencia del 24 de noviembre de 2011, estableció que los Derechos de Autor no son superiores a los Derechos Humanos, tal como lo es el Acceso a la información; y por tanto se consideran contrarios a los

¹²² Vgr. Derechos de patente, marcas, dibujos y modelos de utilidad, topografías de productos semiconductores, caracteres de imprenta, acceso al cable por parte de los servicios de radiodifusión, protección al patrimonio nacional, secreto comercial, requisitos sobre depósito legal, competencia desleal, seguridad y confidencialidad, protección de datos, acceso a documentos públicos, contratos.

¹²³ Cfr. En <http://www.sabam.be/fr>. Consultado el 19/01/2012.

principios comunitarios el imponer restricciones para impedir el intercambio de información con el fin bloquear el intercambio de contenidos piratas.

En esta sentencia¹²⁴ se estableció que:

- Es ilegal el establecer medidas las cuales bloqueen el acceso a obras ya que no son supervisadas por una ley nacional
- Se deben respetar los principios de proporcionalidad.
- Los titulares de Derechos de Propiedad Intelectual pueden solicitar una orden contra los terceros que empleando los servicios de Internet, infringen sus derechos.
- Se deben establecer medidas cautelares de acuerdo al derecho nacional; las cuales deben respetar las limitaciones derivadas de la legislación comunitaria. La actual Directiva Europea prohíbe a las autoridades nacionales que adopten medidas que requieran que un proveedor de servicios Internet vigile la información que se transmite por medio de su red.
- El establecer que el proveedor sea el encargado de restringir el acceso a contenidos de propiedad intelectual, es contrario a los Derechos Fundamentales. Los derechos de Propiedad Intelectual se encuentran contemplados dentro de: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; la jurisprudencia de la Comunidad Europea, por el momento no hay referente de que el Derecho de Autor es un derecho inviolable el cual deba ser garantizado absolutamente.
- Al establecer que un sistema de filtrado implica: el seguimiento, en los intereses de los titulares de Derechos de Autor, las comunicaciones electrónicas que efectúen los proveedores de servicios de red Internet en cuestión.
- También el control de acceso no es temporal, en este momento es ilimitado.
- El sistema de filtro viola los derechos fundamentales de los clientes del proveedor de servicios de Internet tales como: la protección de datos personales; acceso a la información y a recibirla. El analizar el contenido, identificar la información así como la dirección IP de los usuarios que son responsables de enviar los contenidos ilegales en la red, son contrarios a la libertad de información debido a que el sistema no distingue entre el contenido ilegal y legal, y en este momento implementarlo podría tener como efecto el bloquear el acceso a contenidos legales.

Por lo tanto el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea estimó que al obligar a un proveedor de servicios de Internet (Scarlet) mediante mandato judicial para que implemente un sistema de filtro el tribunal de primera instancia de Bruselas por una parte incumple con el requisito de; garantizar el equilibrio entre los derechos de propiedad intelectual, libre empresa, derecho a la protección de datos personales y libertad de recibir o de comunicar informaciones, por la otra, con esta sentencia se reafirmó que la legislación de la Unión Europea se opone a una

¹²⁴ Cfr. En <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=115202&doclang=es&mode=&part=1>. Consultado el 22/01/2012

medida cautelar (Medida Tecnológica) que ordene a un proveedor de Internet establecer un sistema de filtro para todas las comunicaciones electrónicas que pasa a través de sus servicios, por su propia cuenta y sin límite de tiempo.

8. REFORMAS EN EL DERECHO MEXICANO QUE INCORPORAN LOS PRINCIPIOS DEL ACUERDO COMERCIAL ANTI FALSIFICACIÓN Y DE LA LEY PARA DETENER LA PIRATERÍA EN LÍNEA

El 14 Diciembre de 2011 se aprobaron reformas a: la Ley Federal de Derechos de Autor, la Ley de la de la Propiedad Intelectual; en donde se integran brevemente los principios del Acuerdo Comercial contra la Falsificación y el *Stop Online Piracy Act* bajo la falacia de otorgar protección jurídica en materia de Derechos de Autor. Sin embargo, esta práctica legislativa confunde Derechos de Autorales, patentes, marcas; cabe recordar que son bienes de naturaleza diversa, con fines y regulaciones distintas; también olvida otros procesos que ocurren en el entorno digital como: puesta a disposición de la obra al público, almacenar datos, intercambio de datos, límites a la copia privada.¹²⁵

Esta propuesta dice que pretende castigar la piratería (*sic*) pero un archivo que fue descargado sin el pago es una violación a los Derechos de Autor idéntica; deja un vacío legal en lo que se pretende proteger; intenta que mediante la introducción de procedimientos expeditos a cargo del Instituto Mexicano de la Propiedad Intelectual se permita disuadir e inhibir la puesta a disposición de contenidos protegidos por el Derecho de Autor en el entorno digital. Reitera que la cultura reside en las industrias culturales¹²⁶, protegidas por el Derecho de Autor, hace un gran encomio sobre la aportación económica que genera este tipo de industrias.¹²⁷

¹²⁵“Decreto por el que se Reforman Diversas Disposiciones de la Ley de la Propiedad Industrial y el Artículo 232 de la Ley Federal del Derecho de Autor, Primer Periodo Ordinario”, No. Gaceta: 329, *Dictámenes a Discusión y Votación de las Comisiones Unidas de Comercio y Fomento Industrial y de Estudios Legislativos*.

¹²⁶Ídem; “Sin embargo, justamente esas nuevas tecnologías han puesto al alcance de toda la gente herramientas de bajo costo que permiten reproducir con calidad digital cualquier obra u otra creación intelectual y transmitirla en fracción de segundos a cientos de miles de personas entrelazadas por medio de líneas telefónicas y computadoras personales, sin contar con la autorización de los titulares de los derechos respectivos. De tal manera, las innovadoras herramientas han originado nuevas modalidades de infracción a los Derechos de Autor que ponen en riesgo la viabilidad y permanencia de industrias que durante años han contribuido al enriquecimiento cultural del país.”

¹²⁷Ídem; “No olvidemos que las industrias creativas en México engloban actividades que van desde artesanía tradicional, libros, pintura, música y artes escénicas, hasta los sectores con uso intensivo de tecnología, como televisión, radio, Internet, animación digital, etc. Contribuyendo aproximadamente al 6% del PIB del país, además que de acuerdo al informe “Creative Economy 2008” publicado en el año 2009 por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), las industrias creativas de nuestro país, se ubican en el lugar número 5 de los 20 países de mayor exportación de bienes culturales a nivel mundial, siendo nuestro país el único de América Latina (...) Es importante subrayar que los daños causados por la puesta a disposición de contenidos protegidos por la Ley Federal del Derecho de Autor no sólo afectan bienes jurídicos personales, pues la afectación no se limita al titular de los Derechos de Autor y conexos, sino que daña a la economía del país en general. En tal sentido, las violaciones a su normativa en muchas ocasiones son de naturaleza mixta, pues no sólo afectan derechos económicos sino también de índole moral. La falta de protección y de mecanismos ágiles para hacer cumplir la ley, contribuye a generar un desanimo en la creación y en la inversión de nuevas obras.”

La iniciativa presentada por el senador Federico Döring, pretende que se bloqueen sitios en donde se comparten archivos aunque sea gratuitos, conocidos como el P2P¹²⁸ (en su amplia disertación justifica de que la reforma hace hincapié que el compartir archivos sin el *anumus lucrandi*) merma la cantidad de ganancias que recibiría el “artista” y por ende el Estado; procura el control de: sitios *web*, la información, imágenes, bloqueo o cierre de sitios que parezcan no convenientes.

En la reforma se faculta al Instituto Mexicano de la Propiedad Intelectual para: sancionar infracciones en materia de comercio (impone penas de cinco mil hasta cuarenta mil días de salario mínimo); para iniciar procedimiento en materia de Derechos de Autor (al INDAutor se le restringe por si su ya reducido marco de acción); se crea un procedimiento de notificaciones en internet respecto de las transgresiones en contra de la explotación normal de la obra; se podrá iniciar procedimiento de oficio o a petición de parte, y se abre la posibilidad de que cualquier persona pueda manifestar, de forma escrita ante el Instituto, la existencia de causales para iniciar el procedimiento de notificaciones de oficio; de considerarlo procedente, el Instituto podrá utilizar dicha información como elementos para iniciar el procedimiento.

En los procedimientos administrativos las resoluciones de trámite y definitivas que sean dictadas podrán ser notificadas a las partes por estrados en el Instituto y mediante su publicación en la Gaceta.

Otorga facultades al personal comisionado en una visita de inspección más allá de las administrativas, para que durante el desarrollo de la diligencia pueda: tomar fotografías, video, filmaciones o recabar cualquier otro instrumento que se considere admisible como prueba en términos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y del Código Federal de Procedimientos Civiles; los datos que obtengan durante dicha inspección se les otorga valor probatorio pleno y se extienden los alcances del acta de inspección; o sea, se atribuye a este tipo de actos administrativos la cualidad de actos notariales.

Se presumirán ciertos los hechos que se imputen y se les dará valor probatorio cuando:

- Se negara el acceso o se mostrara oposición al personal que realice la diligencia;
- Cuando los testigos o persona con quien se entendió la visita tengan una actitud negativa para firmar el acta o se negaran aceptarla;
- Se castiga el no proporcionar información, sin causa justificada, y datos al Instituto.

Para determinar la sanción pertinente se tomara en cuenta: el carácter intencional de la acción u omisión constitutiva de la infracción; las condiciones económicas del infractor, y la gravedad que la infracción implique en relación con el comercio de productos o la prestación de servicios¹²⁹, así como el perjuicio ocasionado a los

¹²⁸Es evidente el desconocimiento de las tecnologías existentes cuando según en esta exposición de motivos, el P2P es la única forma en que se intercambian obras protegidos por Derechos de Autor.

¹²⁹En España la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico regula a los Prestadores

directamente afectados.

En cuanto a los Prestadores de Servicios de internet, el marco jurídico mexicano es de *legis absentis*, pues solo se regula una forma de prestar servicios mediante la aplicación por analogía de la Ley Federal de Telecomunicaciones; la **COFETEL es quien otorga el permiso para realizar actividades vinculadas para prestar un servicio público a través de una concesión para transmitir datos;** en cuanto al alcance de la responsabilidad de los Prestadores de Servicios no existe marco jurídico al respecto. Sin embargo, esta reforma, retoma al Acuerdo Comercial contra la Falsificación y mediante la solicitud de declaración administrativa establece como requisito que se dé información del ISP en el cual se presume se ha cometido la infracción. También establece la adición de las fracciones IV y V al artículo 2 del Reglamento a la Ley de la Propiedad Industrial, para establecer los conceptos de Proveedor de Servicios de Internet y Dirección IP, los cuales son oscuros.

8.1. Análisis en el marco constitucional mexicano por la incorporación de Principios provenientes de *Common Law*

El artículo primero de la Carta Magna señala que las personas gozarán de los derechos fundamentales y humanos consignados en la Constitución y en los tratados internacionales sin que puedan restringirse o suspenderse; por ende, siempre serán interpretados favoreciendo su protección más amplia; y que todas las autoridades están obligadas a respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos.

Por otra parte, el artículo 15 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no autoriza celebrar tratados o convenios que alteren Derechos Humanos; estos tratados, violan la protección de datos personales, acceso a la información.

En cuanto el artículo décimo sexto constitucional establece que nadie debe ser molestado en su persona, papeles o posesiones sino en virtud de mandamiento que este por escrito de la autoridad competente, el cual debe ser fundado y motivado; toda persona tiene derecho a que la protección de sus datos personales, acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición. En el caso de que el proveedor de servicios de internet vigile la transmisión del contenido va en contra del principio de protección de datos personales, la inviolabilidad de las comunicaciones privadas; y tampoco logra justificarse mediante el principio de excepción, como es la seguridad nacional, el orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

En caso de que el proveedor de Internet sea facultado para controlar el acceso Internet; por ejemplo, restringir sitios *web*, constituye una sanción penal ya estas

de Servicios; asimismo, la Corte Suprema ha emitido dos criterios jurisprudenciales sobre la responsabilidad de los Prestadores de Servicios: responsabilidad de los administradores de un sitio web por comentarios vertidos en uno de su foros; y responsabilidad del colaborador necesario por las manifestaciones de terceros.

medidas atentan contra la libertad, privacidad en la comunicación, protección de datos y estos casos son sancionados por la ley penal. Sin embargo, no son actos sancionables cuando sean apartados de forma voluntaria y que no violen la confiabilidad.

Los particulares no pueden intervenir en las comunicaciones privadas, como es el caso de transmisión de datos en la Internet. Solo la Autoridad Judicial Federal puede autorizar los casos en que por conducto del Titular del Ministerio Público, se pueden intervenir las comunicaciones privadas pero dicha autorización no es extensiva en casos electorales, fiscales, mercantiles, civiles, laborales o administrativos.¹³⁰

El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece los principios de supremacía constitucional y de orden jerárquico normativo, señala que las leyes que emanan de la Constitución forman parte de la Ley suprema de la Unión, tienen carácter de jerarquía superior respecto a otras leyes del mismo Legislador, y cualquier ley emitida por el Congreso de la Unión la tiene respecto de cualquier otra norma. Este artículo señala expresamente:

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Con fecha 18 de mayo de 2000 entró en vigor para la República Mexicana el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derechos de Autor, y el 27 de Mayo de 2002 entró en vigor el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, los cuales no pueden ser restringidos ni suspendidos. Por lo cual siempre deben ser interpretados extendiendo una protección más amplia en materia de Derechos de Autor en favor de las personas conforme lo establece el artículo primero de nuestra Carta Magna. Estos Instrumentos Internacionales son obligatorios, fueron debidamente celebrados por el Presidente de la República y aprobados por el Senado; por ende en términos del artículo 133 Constitucional constituyen Ley Suprema en toda la Unión, y es aplicable el criterio sostenido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis P. LXXVII/99.

El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derechos de Autor, establece que las partes contratantes de este tratado deben desarrollar y mantener la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas de manera: eficaz y uniforme; así mismo, se comprometen a introducir nuevas normas internacionales. Deben interpretar los ordenamientos vigentes

130

encaminados a proporcionar soluciones adecuadas ante las interrogantes planteadas por los nuevos acontecimientos, económicos, sociales, culturales y tecnológicos.

Por lo cual se debe tomar en cuenta el desarrollo y la convergencia de las tecnologías de la información y la comunicación en la creación de obras literarias y artísticas; mantener un equilibrio entre los Derechos de Autores y los intereses del público en general; en particular, en la educación, en la investigación y el acceso a la información. Por otro lado el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas contempla aspectos que tienen relación con el mundo digital, en especial con la Internet. Establece que la puesta a disposición también comprende el almacenamiento de una interpretación o una ejecución protegida de un fonograma en forma digital o en un medio electrónico.

9. CONCLUSIONES

Si conocer es tener una idea conceptual o imagen de algo, después de haber realizado el análisis exhaustivo de lo dispuesto en nuestra legislación, en los tratados internacionales más relevantes, en el ámbito del *common law*, las propuestas legislativas del ACTA y de la SOPA, las reacciones a ellas generadas tanto en el ámbito internacional, como en el ámbito de la Unión Europea; corresponde ofrecer una síntesis conclusiva de las premisas expuestas.

1°. Se confirma nuestra posición inicial: “nuestra legislación en materia de Derechos de Autor es inadecuada, y tal afirmación deriva de la ausencia de medidas para que el creador de una obra reciba una compensación equitativa por el uso y explotación de su obra en el ámbito digital”, las reformas que se han realizado en materia de Derechos de Autor, Derechos Conexos y Medidas Tecnológicas, desde el año 2000 a la fecha, tendientes a extender la protección jurídica de este tipo de Derechos a ese ámbito son insuficientes e inadecuadas.

Son insuficientes, primero, porque aun cuando se han suscrito tratados internacionales que lo proponen, no se han incorporado a la Ley Federal de Derechos de Autor normas específicas adecuadas al entorno digital; y segundo porque aun cuando se hiciera, lo previsto en estos tratados es genérico y no contempla los diferentes tipos de relaciones jurídicas que se pueden generar cuando la protección tecnológica se da a través de *firewalls* que permiten una administración de diversos recursos provisionales de *acceso, descarga, reproducción y conservación* de la obra, de manera compartida.

2°. Asimismo –e independientemente de haberse demostrado que en nuestro orden jurídico “*el objeto de protección es la forma y expresión autoral de las obras y no el aprovechamiento (comercial o no), que pudiera deriva de utilizar las ideas*”–, la protección prevista en la Ley Federal del Derecho de Autor para los Derechos Patrimoniales del autor y para los poseedores de los Derechos Conexos que de

aquellos derivan, resulta confusa pues cuando en su artículo 231 hace referencia a las infracciones a estos derechos, las prevé como “*infracciones en materia de comercio ... cuando sean realizadas con fines de lucro directo o indirecto*” pero en la fracción X del mismo artículo, contemplan otro tipo de infracciones “*que impliquen conducta a escala comercial o industrial*” como si las conductas previstas en las primeras nueve fracciones no implicaran actos de comercio; estableciéndose –inclusive–, sanciones diversas en el 232.¹³¹

- 3°. Por otra parte, sólo en la fracción V del artículo 231, se mencionan expresamente hipótesis referidas al ámbito digital y –como en el Código Penal–, sólo prever infracciones cuando la obra es el mismo software o cuando la obra, interpretación, ejecución o reproducción, sea parte de una señal transmitida. Por ende, al no estar contempladas en la Ley Federal del Derecho de Autor las relaciones comerciales que se dan en el ámbito de internet (relaciones contractuales de diferente tipo y entre diversos actores) tampoco existe prevención alguna contra la inexistencia de una adecuada regulación por parte de quien oferta la obra en el ámbito digital, ni existe protección contra el incumplimiento de las obligaciones que de estas relaciones deriven.
- 4°. En coincidencia, las disposiciones penales en relación con los derechos de autorales son inadecuadas porque nuestro Código punitivo sólo protege la autoría cuando la obra sea el mismo software (o parte del software protegido) o cuando la obra, interpretación, ejecución o reproducción, sea parte de la señal transmitida, pero no contempla sanciones contra la elusión de Medidas Tecnológica que entrañen una interoperabilidad de la obra, pues no se ha pensado en proteger el funcionamiento ese particular tipo de software que administra el uso compartido de la obra en el ámbito digital.
- 5°. Puede afirmarse también que el concepto de “Medidas Tecnológicas” recomendado y previsto por los tratados internacionales suscritos por México, nuestra legislación aún no lo ha asimilado pues en ningún momento queda claro qué es o cómo funciona una Medida Tecnológica, pues únicamente se recurre a ejemplificar que pueden ser: técnicas, dispositivos o componentes destinados a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas por los Derechos de Autor o Derechos Conexos. Quizás ahora que se ha tratado de introducir disposiciones del Acuerdo Comercial contra la Falsificación, se percaten de la definición que ahí se plantea y se entienda mejor la complejidad de su naturaleza.
- 6°. Sin embargo, aun cuando el Estado Mexicano está obligado a legislar sobre el empleo de Medidas Tecnológicas para controlar el acceso y la explotación ilícita de las obras protegidas por el Derecho de Autor y Derechos Conexos, al tomar como modelo el *Anti-Counterfeiting Trade Agreement* y la *Stop Online Piracy Act*,

¹³¹ Vid. Páginas 6 y 7.

la propuesta de reforma conocida como la Ley Döring, prevé Medidas Tecnológicas que exceden el ámbito de aplicación de los derechos autorales (los Sistemas de Gestión Digital de Restricciones o DRMs por sus siglas en inglés – *Digital Restrictions Management Systems*–) ya que son mecanismos técnicos de restricción al acceso y copia de obras publicadas en formatos digitales, vulnerando con ello otros derechos tales como el acceso a la información, privacidad en las comunicaciones, datos personales, entre otros), transgresiones que, aún cuando sus impulsores las denominan “Gestión Digital de Derechos”, cuando analizamos sus objetivos es evidente que sólo sirven para gestionar restricciones.

- 7°. Quienes han propiciado la aplicación del ACTA o de la SOPA plantean en un *topus uranus* sobre cómo deben ser las Medidas Tecnológicas: eficaces, permitir a los titulares de derechos el control de uso mediante la aplicación de un código de acceso, o de un procedimiento de seguridad como la codificación, y de un mecanismo de control de la copia, pero nunca se ha abordado en verdad, su reglamentación (comprensiblemente una vez que ha quedado evidenciado su desconocimiento respecto de qué es o cómo funciona una Medida Tecnológica).
- 8°. Ante esta situación la propuesta de los autores es la de establecer un régimen que regule el empleo de las Medidas Tecnológicas; y este, mínimamente debe:
 - Regular la forma de almacenar, conservar, transmitir, publicar, utilizar una obra;
 - Establecer qué tipo de Medidas Tecnológicas se permiten;
 - Establecer cuales funciones se permite que tenga cada tipo de Medidas Tecnológicas (que se implemente para hacer posible una interoperabilidad o manejo compartido de la obra en la red);
 - Regular los límites y excepciones de las funciones de las Medidas, así como los derechos y obligaciones de las partes que intervienen en el manejo compartido de la obra;
 - Regular la temporalidad de las Medidas;
 - Prohibir el desarrollo o adquisición de medios que eludan las Medidas Tecnológicas implementadas; y
 - Establecer recursos jurídicos que garanticen el respeto (no elusión) a las Medidas Tecnológicas implementadas así como la garantía de acceso a la información o servicio, a pesar de la presencia de dichas Medidas-.
- 9°. Abundando sobre lo mencionado en el capítulo 5.1, es opinión de los autores que el Estatuto de la Reina Ana, no fue para proteger las preferencias del autor, ni para “impulsar el aprendizaje”, fue para consolidar su reinado, sosteniendo privilegios de los detentadores del poder económico, tal como hoy intentan hacer quienes pretenden que siga existiendo ese modelo de negocios donde los dueños de la comercialización e industrialización de las obras, son los que

deciden que es lo que la gente debe conocer, debe pensar y debe preferir (que entre otras cosas es la base de la globalización financiera).

- 10°. Lo anterior también se concluye de observar que las Naciones Unidas – consecuentemente con los preceptos que le dan origen: “*promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad*” y “*reafirmar los derechos fundamentales del hombre, la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos*”-,¹³² a fin de mantenerse como un mecanismo internacional que promueve el progreso económico y social de todos los pueblos se ocupó de emitir el reporte analizado en el capítulo 6.3, para que ordenamientos y políticas públicas como la Ley Sopa o el Acuerdo comercial anti-falsificación, generadas con el fin de proteger los Derechos de Autor, no se excedan e interrumpen el acceso a Internet pues ello no es justificable ni por razones de orden público ni por seguridad nacional, ya que cualquier medida que limite el acceso fue definida como violatoria de los Derechos Humanos.
- 11°. Se concluye también, que México es un país en desarrollo, cuya principal preocupación debiera ser el establecer sistemas de propiedad intelectual tendientes a equilibrar el acceso a los conocimientos, a las nuevas tecnologías, más aún cuando el artículo 27 constitucional establece que “La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, (...)”
- 12°. Por ende, las políticas públicas que se desarrollen en relación con las Medidas Tecnológicas y la propiedad intelectual deben ir encaminadas a proteger los alcances, uso, compartir y producir la información, los medios y formas de almacenamiento de ésta, debido a que el objeto de la propiedad intelectual es el difundir, estimular, el conocimiento e innovación; y las políticas públicas en materia de propiedad intelectual deben buscar y lograr un equilibrio apropiado, y no puede restringirse a una visión de control del número de copias, dado que ello es un concepto rebasado por la interoperabilidad que existe en el ámbito digital.
- 13°. Evidentemente, tal como en muchas otras parte del mundo se ha puesto en evidencia a raíz de los debates generados por la amenazas que representaron la SOPA y la PIPA, para poder garantizar el acceso al conocimiento en el actual sistema financiero globalizado, se requiere también de modificarse el actual modelo de negocios de los detentadores de los Derechos Conexos;
- 14°. Independientemente de lo escandaloso que resulta el enriquecimiento de los detentadores de los Derechos Conexos frente a lo limitado de las ganancias de los auténticos autores, hoy en día el concepto de “industrias culturales” es un concepto falaz pues al conceptualizarse el “derecho moral” como algo que puede llegar a enajenarse o a “agotarse” derivado de los términos en los que se

¹³² Cfr. <http://www.un.org/spanish/aboutun/charter.htm> Consultado el 20/02/2012.

conceptualiza el *copyright*, se está posibilitando que las obras se deformen y se pierda la identidad del autor. Siendo dicha identidad la base del concepto de “culturas nacionales”.

BIBLIOGRAFÍA

- ABOITES JAIME ET AL., *Economía del conocimiento y propiedad intelectual – lecciones para la economía mexicana*, 1ª ed., Siglo XXI, 2008.
- ANTEQUERA PARILLI, RICARDO, *Consideraciones sobre el Derecho de Autor*, S.N.E., Jus, Buenos Aires, Argentina, 1977.
- AZAOLA CALDERÓN, LUIS, *Delitos Informáticos y Derecho Penal*, 1ª ed., Instituto de Formación Profesional, Procuraduría General de la República, México, 2010.
- CHISSICK, MICHEL, ET AL., *Electronic Commerce: Law and Practice*, S. N. E, Sweet and Maxwell, Londres, Inglaterra, 2002.
- COUDET R. MIGUEL ÁNGEL, *Los Derechos de Autor y los Derechos Conexos en el Derecho Argentino*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1989.
- DEVOTO, MAURICIO, *Comercio electrónico y la firma digital: la regulación del ciberespacio*, S. N. E., La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2001.
- FERRARA, FRANCISCO, *Teoría de las Personas Jurídicas*, 2ª ed., traducida al español por Eduardo Ovejero y Maury, Madrid, Reus, 1929.
- GAMAS TORRUCO, JOSÉ, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001.
- JALIFE DAHER, MAURICIO, *Novísima recopilación – crónica de la propiedad intelectual*, 1ª ed., Sista, México, 2008.
- LOREDO HILL, ADOLFO, *Nuevo Derecho de Autoral Mexicano*, 1ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
- LIPZSZYC, DELIA et al, *Derechos de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, Productores de Fonogramas y Organismos de Radiodifusión – relaciones con el Derecho de Autor*, S.N.E., Víctor P de Zavala, Argentina, 1976.
- LIPZSZYC, DELIA, *Nuevos temas de Derecho de Autor y Derechos Conexos*, UNESCO, Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC) y Ediciones Víctor P. de Zavalía S.A, Argentina, 2004.
- MOLINER, MARÍA, *Diccionario de uso del Español*, j-z, s.n.e., Madrid, España, Gredos, 2006.

- OBÓN LEÓN, JUAN RAMÓN, *Nuevo Derecho de los Artistas Intérpretes*, 4ª ed., Trillas, México 2006.
- PARETS GÓMEZ, JESÚS, *El Proceso Administrativo de Infracción Intelectual*, 1ª ed., Sista Editorial. México, 2007.
- PIMENTEL ÁLVAREZ, JULIO, *Breve Diccionario-Latín-Español*, 1ª ed., México, Porrúa, 2009.
- VIGO, RODOLFO LUIS, *Interpretación Constitucional*, S.N.E., Abelardo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1991.
- VIÑAMATA PASCHKES, CARLOS, *La propiedad intelectual*, 4ª ed., Trillas, México, 2007.

ARTÍCULOS

- GÓMEZ PUENTE, MARCOS “Propiedad Intelectual”, “Dominio Público” del diario español “Público”: en <http://blogs.publico.es/dominiopublico/4676/la-propiedad-intelectual/>. Consultado el 28.01.2010.
- LEÓN ZARAGOZA, GABRIEL “La aplicación de impuestos y Derechos de Autor, entre los temas más controvertidos- Crece la polémica en torno a legislar el servicio de Internet” *La Jornada*, México 19 de Julio de 2010, p. 35.
- RANGEL MEDINA, DAVID “El Droit de Suite de los autores en el derecho contemporáneo”; en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/3/dtr/dtr6.pdf>. Consultado el 04.01.2012.
- RIANDE JUÁREZ, NOÉ A. “Curso Introductorio de Informática Jurídica” (01:slide 40).
- STALLMAN, RICHARD “ACTA amenaza, de una manera encubierta, castigar con desconexión a Internet a los usuarios si se les acusa de compartir,...” el miércoles 16 de junio de 2010 en Boston, Massachusetts, EE.UU, en <http://proyectofedora.org/mexico/2010/06/18/acta-otro-atentado-contra-nuestras-libertades-%C2%A1no-lo-permitas/>
- RÍOS RUIZ, WILSON R. “Tras la SOPA. Dialogo sobre Derecho de Autor en la Era Digital”, publicado en <http://lexdigitalis.lamula.pe/2012/01/22/tras-la-sopa-dialogo-sobre-derechodeautor-en-la-era-digital/lexdigitalis>. Consultado el 25/01/20112.

LEGISLACIÓN

- a) *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, CÁMARA DE DIPUTADOS, HONORABLE CONGRESO DE LA UNIÓN, “*Información Parlamentaria*”, *Leyes*

Federales Vigentes, México, 2011, en:
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>. Consultado el 29/11/ 2011.

- b) *Código Penal Federal*, en: CÁMARA DE DIPUTADOS, HONORABLE CONGRESO DE LA UNIÓN, “Información Parlamentaria”, *Leyes Federales Vigentes*, México, 2011; en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>. Consultado el 09/12/ 2011.
- c) *Ley Federal del Derecho de Autor*, CÁMARA DE DIPUTADOS, HONORABLE CONGRESO DE LA UNIÓN, “Información Parlamentaria”, *Leyes Federales Vigentes*, México, 2011; en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>. Consultado el 29/11/ 2011.
- d) *Ley sobre la celebración de Tratados*, CÁMARA DE DIPUTADOS, HONORABLE CONGRESO DE LA UNIÓN, “Información Parlamentaria”, *Leyes Federales Vigentes*, México, 2011; en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>. Consultado el 29/11/ 2011.
- e) *Ley del Copyright del Reino Unido. Capítulos “Bases de Datos” “Excepciones” y “Derechos morales, (...)”*. En: http://www.multilingualarchive.com/ma/enwiki/es/Copyright_law_of_the_United_Kingdom#Databases. Consultado el 28/01/2012.

TRATADOS INTERNACIONALES

- a). *Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derechos de Autor*. http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/trtdocs_wo033.html#P105_13323. Consultado el 29/11/ 2011.
- b). *Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOMPIEF) en* http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wppt/trtdocs_wo034.html#P155_26656. Consultado el 29/11/ 2011.
- c). *Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet*, Organización de los Estados Americanos, <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=849&IID=2>
- d). *L 167/13, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 22.6.2001, Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001.*

INTERNET

1. <http://www.observatel.org/es/uploads/1/Informe-SE-Resultado-negociaciones-ACTA.10.11.pdf>. Consultado el 19/01/2012.
2. <http://es.wikipedia.org/wiki/>. Consultado el 25/01/2012.
3. <http://www.masadelante.com/faqs/dominio>. Consultado el 20.01.2012.
4. http://www.wipo.int/sme/es/ip_business/export/international_exhaustion.htm.
5. http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/es/ip/wppt/pdf/trtdocs_wo034.pdf. Consultado el 11/11/2011.
6. [http://www.jenkins.eu/copyright-\(statutes\)\(1\)/part-1-index.asp](http://www.jenkins.eu/copyright-(statutes)(1)/part-1-index.asp). Consultado el 25/01/2012.

7. http://www.copyrightservice.co.uk/copyright/p01_uk_copyright_law. Consultado el 25/01/2012.
8. http://en.wikipedia.org/wiki/Digital_rights_management.
9. http://www.impi.gob.mx/work/sites/IMPI/resources/LocalContent/2361/27/Consolidated_Text_es_ok.pdf.
10. <http://angelbc.wordpress.com/2011/09/07/ayer-en-el-senado-el-tratado-acta-es-rechazado-en-mexico/>.
11. http://it.wikipedia.org/wiki/Inaudita_altera_parte.
12. *Stop Online Piracy Act. en* <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112hr3261ih/pdf/BILLS-112hr3261ih.pdf>. Consultado el 22/12/2011.
13. http://www.impi.gob.mx/work/sites/IMPI/resources/LocalContent/2361/27/Consolidated_Text_es_ok.pdf.
14. http://es.wikipedia.org/wiki/Stop_Online_Piracy_Act. Consultado el 15/02/2012.
15. http://www.elfinanciero.com.mx/index.php?option=com_k2&view=item&id=1582&Itemid=26. Consultado el 22/01/2012.
16. http://www.seguriteca.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=183:control-en-libertad&catid=17:blog&Itemid=50. Consultado el 22/01/2012.
17. *Cfr. En* <http://www.sabam.be/fr>. Consultado el 19/01/2012.