

La Negociación de las Provisiones de Propiedad Intelectual en Acuerdos de Comercio Libre.

Un taller que tendrá lugar el 19 de Noviembre, 2003 en Miami, Florida.

Patrocinado por

El Programa de Propiedad Intelectual y el Interés Público, Washington College of Law,
American University,

El Proyecto Consumidor de Tecnología, Washington DC

y

Centro Interdisciplinario de Derecho Industrial y Económico (CEIDIE)
Buenos Aires, Argentina

Documentos informativos

LA PROTECCIÓN TECNOLÓGICA MIDE LOS ASUNTOS – DOCUMENTO DE DISCUSION

Gwen Hinze, abogado lic., Abogado del Personal, Electronic Frontier Foundation:
gwen@eff.org || Teléfono. : + (1)(415) 436-9333 x110 || <http://www.eff.org>

A. EL ASUNTO

El artículo 21 de la sección 3 del capítulo de la propiedad intelectual del bosquejo de ALCA requiere que países signatarios adopten la protección legal para las medidas tecnológicas de la protección (TPMs) agregadas por portadores de derechos de los trabajos registrados en el registro de la propiedad literaria. Aunque la protección legal se busca para el propósito legítimo de proteger los derechos de autor, la experiencia de los Estados Unidos con las provisiones similares en el Acto Digital del Derecho de autor del Milenio (DMCA) demuestra que la amplia protección legal puede tener muchos efectos graves e involuntarios.

El capítulo del IP del bosquejo de ALCA de noviembre 2002 contiene dos versiones del artículo 21. Mientras que la primera ampliaría protecciones internacionales existentes del tratado a los locutores, la segunda formulación es mucho más amplia y:

- (1) suplanta sistemas nacionales existentes de derecho de autor;
- (2) deteriora el acceso a la información digital y ensancha la división digital;
- (3) se atrinchera el uso de productos y servicios propietarios valorados por monopolios, y tiene como resultado una transferencia neta de la riqueza de las economías de países

signatarios a dueños de registros de la propiedad literaria; y
(4) potencialmente debilitar otras metas importantes de la política enfriando la investigación científica y la innovación tecnológica en sectores domésticos del software y de la electrónica del consumidor.

B. EL FONDO EN LA PROTECCIÓN TECNOLÓGICA MIDE (TPMs)

El artículo 11 del Tratado del Derecho de autor de WIPO de 1996 y el Artículo 18 del Tratado de Funcionamiento y Fonogramas de WIPO (los Tratados del Derecho de autor de OMPI) requieren que los países signatarios den una protección legal adecuada y los remedios legales efectivos contra el rodeo de medidas tecnológicas efectivas añadidas por dueños de derecho de autor a sus trabajos.

Las industrias del registro de la propiedad literaria en los EE.UU., sin embargo, presionaron para considerablemente más protección. El resultado fue el Acto Digital del Derecho de autor del Milenio (DMCA), que fue *aún más* de lo que requirieron los Tratados del Derecho de autor de OMPI. Desde entonces el DMCA se transformó en el modelo que negociadores de EE.UU. de comercio han instado en sus socios de comercio.

Las provisiones TPM del DMCA prohíben ambos los *actos* de rodear TPMs usados por dueños de derecho de autor para controlar el acceso a sus trabajos, así como cualquier *dispositivo, servicio o tecnología* diseñada principalmente para el rodeo. Estas prohibiciones aplican incluso si el uso destinado del trabajo registrado en el registro de la propiedad literaria no infringe el derecho del autor. Así, por ejemplo, bajo la ley de EE.UU. hay una excepción del derecho de autor que permite a personas ciegas de traducir los libros a la Escritura en relieve. Bajo el DMCA, personas ciegas no son más capaces de ejercitar este derecho con respecto a libros electrónico que son protegidos por TPMs.

El DMCA incluye 7 excepciones limitadas a actividades socialmente beneficiosas, como pruebas de seguridad, ingeniería reversa de programas informáticos de investigación de criptografía, y de la aplicación de la ley. Sin embargo, estas excepciones se han demostrado inadecuadas en la práctica para proteger muchas de estas actividades legítimas. Desgraciadamente, el idioma propuesto del ALCA no incluye aún estas limitadas excepciones de EE.UU. y prohíbe una gama más ancha de conducto que el DMCA.

C. PATROCINADORES DE PROVISIÓN

Los dueños americanos del derecho de autor han cabildeado fuertemente para la incorporación de este tipo de disposición en ambos los ALCA y en los acuerdos de libre cambio bilaterales que el EEUU ha concluido recientemente con Jordania, Singapur y Chile, porque les ofrece un nivel creciente de protección para sus trabajos más allá del derecho de autor, que no es dependiente en probar la infracción del derecho de autor bajo leyes del mismo de cada país que diferencian.

D. EL IMPACTO PROBABLE DE ADOPTAR UNA PROTECCIÓN LEGAL AMPLIA PARA TPMs

1. El Sistema nacional del Derecho de autor Suplantada

Una amplia interdicción en evitar TPMs, como la segunda formulación propuesta en el artículo 21 del ALCA, es probable que suplante enteramente la ley del derecho del autor existente de un país signatario. De hecho, esto permite que dueños americanos de registro

de autor registren en el registro de la propiedad literaria los derechos de dueños para triunfar la soberanía nacional y las prioridades públicas domésticas de la norma.

Una disposición similar insertada en la ley de EE.UU. del derecho de autor por el DMCA en 1998 ha desplazado el equilibrio cuidadoso de los derechos públicos y privados en la ley de EE.UU. del derecho de autor creada por la legislatura y la magistratura sobre los últimos 130 años. Ha dado a los dueños americanos de derecho de autor un nivel aumentado de la protección encima de la ley del derecho de autor, concediéndoles un derecho nuevo de controlar el *acceso* a, y no simplemente el *uso* de los trabajos registrados en el registro de la propiedad literaria. Esto ha tenido varios resultados:

- Las varias excepciones estatutarias a la ley de registro de la propiedad literaria (por ejemplo para usos en la educación, la biblioteca y comunidades de las personas lisiadas) han sido en gran parte suplantadas por la información digital tecnológicamente protegida.
- La mas importante, es que ha eliminado efectivamente la habilidad de hacer el "uso justo" de los trabajo digitales protegidos. En la ley americana del derecho de autor, el uso justo permite que alguien haga un uso razonable de un trabajo registrado en el registro de la propiedad literaria para un propósito socialmente útil tal como educación, la crítica o la parodia, o para el uso personal de un consumidor (tal como grabación de video casera), sin tener que pedir el permiso anterior de un dueño del derecho de autor. El uso justo esta pensado alrededor de la idea de garantizar acceso público a la materia registrada en el registro de la propiedad literaria para facilitar los usos productivos de la información y del discurso libre. El DMCA prohíbe a consumidores de evitar TPMs para hacer el uso justo de un trabajo digital protegido, por ejemplo como la fabricación de una copia de un CD o el DVD protegido contra reproducciones que ellos han comprado. Además, los vendedores de la tecnología están prohibidos de producir o de vender tecnologías y los dispositivos que los consumidores necesitan si deben gozar de las excepciones del derecho de autor que se aplicarían a los medios digitales. Además, vendedor de tecnología se prohíben de fabricar o venta las tecnologías y los aparato que consumidores necesitan si ellos deberán gozar las excepciones que de otro modo aplicarían a medios digitales.

En otras palabras, dueños americanos de derecho de autor han utilizado TPMs apoyados por el DMCA para volver a trazar el equilibrio del derecho de autor y poner unilateralmente cuánta protección será dada a su trabajo. Probablemente ocurrirían resultados similares en países signatarios de ALCA si la segunda formulación del artículo 21 se adoptase.

2. Acceso Deteriorado A La Información

La segunda formulación del artículo 21 tendría un impacto perjudicial en la capacidad de educadores, estudiantes e investigadores en los países signatarios de ALCA para tener acceso a la información y a la tecnología digital. El giro actual del ALCA requiere que países signatarios extendían la protección del derecho de autor a hechos y datos dentro de bases de datos. Como la información es tratada como un producto de derecho de autor y llega a estar cada vez más disponible solamente en una forma tecnológicamente protegida, el reparto justo y las excepciones de copiado personal que garantizaron previamente el acceso se impedirá tecnológicamente. Esto aumentará el costo de tener

acceso a la información y en última instancia en ensanchar el boquete del conocimiento entre países industrializados y no industrializados.

3. Potencial Para Cerradura Digital Y La Transferencia Neta De la Abundancia A. Dueños Americanos Del Registro De La propiedad Literaria.

Los dueños americanos del derecho de autor han utilizado las provisiones anti-rodeo de DMCA para obtener un monopolio sobre productos que no se puedan registrar en el registro literario y tecnologías que operan dentro de sus trabajos. Esto tiene implicaciones contra competitivas para consumidores en países signatarios del ALCA. Por ejemplo:

- **Segmentación del Mercado geográfico:** Las industrias de video juego y de película fuego han utilizado las tecnologías de la codificación de región, apoyadas por el DMCA y leyes semejantes, para controlar la disponibilidad y la tasación de DVDs y de los video juegos en varias regiones geográficas. Otras industrias del derecho de autor se pueden esperar que sigan este ejemplo, potencialmente discriminando contra consumidores en varias regiones del mundo en tanto en el precio como la disponibilidad.
- **La Cerradura del producto:** Lexmark, el segundo distribuidor más grande de impresoras en los Estados Unidos, ha utilizado el DMCA para prohibir la venta de los cartuchos de impresión reciclados de Lexmark, cuáles eran vendidos a los consumidores en precios mas bajos que los propios cartuchos remanufacturados de impresión de Lexmark.
- **Atacando la Interoperabilidad:** El Grupo Chamberlain, el fabricante de un abridor electrónico de puerta de garaje, ha utilizado el DMCA para prohibir la venta de un transmisor universal de puerta de garaje importado por su principal competidor, Skylink, que se puede programar para abrir las unidades de puerta de garaje de Chamberlain, así como varias otras marcas de unidades de puerta de garaje.

Bajo Artículo 21 de ALCA, los vendedores podrían evitar que los negocios locales creen los productos ínter operables que pudieran proveer competencia en el mercado. Los consumidores en países signatarios del ALCA estarían bloqueados en comprar productos en precios más altos y monopolio-basados. Por ejemplo un fabricante americano de automóviles podría utilizar un TPM, apoyado por el Artículo 21, para prohibir la venta de partes “no autorizadas” de reemplazo y servicios en países signatarios del ALCA. Para los signatarios de ALCA que son importadores netos de propiedad de característica intelectual e informativa americana, esto daría lugar a una transferencia neta de la abundancia de las economías domésticas de los países signatarios a dueños americanos del derecho del autor.

E. EL IMPACTO ADVERSO EN METAS IMPORTANTES DEL ORDEN PÚBLICO

Las provisiones americanas de anti-rodeo del DMCA han sido utilizadas en maneras no previstas por el Congreso americano para sofocar una amplia gama de actividades legítimas, en vez de parar la piratería del derecho del autor. En particular, las provisiones han tenido dos efectos negativos en metas importantes del orden público:

1. El Efecto de enfriamiento sobre la Investigación Científica

Los dueños americanos del derecho de autor han utilizado las provisiones del DMCA para lanzar un enfriamiento en la expresión y legítima investigación libre científica. En 2001

una organización de la industria de la música amenazó demandar a un equipo de investigadores por violar el DMCA cuando procuró publicar un papel de investigación que describía sus resultados sobre vulnerabilidades en la seguridad de tecnología digital de la filigrana. El grupo de la industria de la música consideró que la información en el papel de investigación era una herramienta de rodeo y publicar el papel violaría la prohibición del DMCA contra la distribución de herramientas de rodeo.

El efecto que enfría la investigación y la publicación científica ha sido profundo. Científicos americanos y extranjeros han rechazado publicar la investigación sobre vulnerabilidades de control de acceso, o han quitado la investigación previamente publicada en Internet debido al miedo de demandas relacionadas al DMCA. Los científicos extranjeros han negado viajar a los EE.UU. y varias conferencias sobre codificación se han movido fuera de los Estados Unidos.

En particular, hay preocupación creciente dentro de los EEUU acerca del impacto del DMCA en la investigación de la seguridad de la computadora. En octubre 2002, el consejero americano anterior de la Seguridad Cibernética de la Casa Blanca, Richard Clarke, admitió que el DMCA había enfriado investigación de seguridad y pido la reforma del DMCA. El congreso americano está actualmente considerando dos ofertas que enmendarían el DMCA para permitir el rodeo y el uso de las herramientas del rodeo para la investigación científica.¹

2. La Innovación tecnológica Suprimida

El DMCA ha afectado adversamente en dos maneras el sector americano de tecnología. Primero, porque el DMCA define el "rodeo" de un TPM en términos de conducta "autorizados" por los sostenedores del derecho del autor, los dueños americanos del derecho del autor han podido ampliar sus derechos estatutarios para controlar la tecnología que actúa recíprocamente con su trabajo registrado en el registro de la propiedad literaria, según descrito arriba.

En segundo lugar, el DMCA ha tenido un mal efecto en la capacidad de desarrollar código de computadora, usando el método de ingeniería reversa para producir nuevos productos en las compañías de tecnología. La ingeniería reversa es crítica para fomentar la competición y la innovación en un ambiente de prácticas monopolísticas en la industria del software. La legítima ingeniería reversa se ha permitido tradicionalmente en la ley americana del derecho del autor. Hoy, sin embargo, las compañías impacientes que quieren deteriorar la competencia en el mercado han girado hacia TPMs y al DMCA en un esfuerzo de obstaculizar la creación de productos innovadores inter-operables. Por ejemplo, Sony Corporation ha utilizado el DMCA para demandar a los creadores de los programas de emulador creados con ingeniería reversa, cuáles permiten que los consumidores jueguen sus video juegos de Playstation en sus computadoras, en vez que en la consola propietaria del juego de Playstation de Sony.

Aunque el DMCA incluye una excepción para la ingeniería reversa, la excepción se ha demostrado ser demasiado estrecha para asistir a ésos que intentaron utilizarla. Es claro que el congreso americano no pensó que el DMCA se utilizaría para bloquear innovación tecnológica, pero las provisiones son demasiado amplias para prevenir esta clase de uso

¹ Acto de los Derechos digitales del Consumidor (H. 107, 108th Cong.) presentado por Representativos de Boucher y Doolittle; Acto del B.A.L.A.N.C.E. (H. 1066, 108th Cong.) presentado por Representativos de Lofgren.

erróneo. Los signatarios del ALCA enfrentarían los mismos problemas si la segunda formulación del artículo 21, o una disposición similar a la disposición de DMCA, es adopta.

F. LOS PRECEDENTES EN ACUERDOS COMERCIALES

Los acuerdos de libre cambio bilaterales (ALCs) que los EEUU ha concluido recientemente con Jordania (artículo 4(13)), Singapur (Artículo 16.4(7)) y Chile (artículo 17.7(5)) contienen provisiones de TPM modeladas en base de provisiones del DMCA. El más restrictivo de las provisiones de ALC está en el ALC entre los EEUU y Singapur. El comité consultivo funcional de la industria sobre propiedad intelectual que aconseja el Presidente americano y el representante comercial americano ha recomendado que el lenguaje del ALC debería incorporarse adentro del ALCA.

Según lo redactado actualmente, la primera formulación del artículo 21 del ALCA refleja generalmente la obligación delineada en los tratados del derecho del autor de OMPI, pero amplía la protección a los dueños de los derechos de transmisión. Esto permitiría que los países del Sur ejecuten la protección del TPM de una manera que es consistente con sus excepciones existentes de la ley del derecho de autor.

Sin embargo, la segunda formulación va más lejos que los tratados del derecho del autor de OMPI y las provisiones de DMCA y plantea pautas similares al DMCA. Prohíbe el acto del rodeo, con conocimiento o teniendo argumentos razonables a saber y sin autoridad, de una medida tecnológica eficaz agregada a un trabajo registrado en el registro de la propiedad literaria por un portados de derechos. También prohíbe la fabricación y la distribución de dispositivos, productos o servicios que son (i) anunciados con el fin de rodeo, (ii) tienen solamente un propósito comercialmente limitado con la excepción del rodeo, o (iii) son sobre todo diseñados, producidos, y adaptados con el fin del rodeo.

Desemajante del DMCA, no tiene ninguna excepción que preservaría los derechos existentes de consumidores y de productores de la tecnología en países signatarios del ALCA.