

LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN: LA IMPLEMENTACIÓN DEL PERÚ

TECHNOLOGICAL PROTECTION MEASURES: PERU'S IMPLEMENTATION

MARCELA PALACIO*
JUAN ANTONIO GAVIRIA**

RESUMEN: Estados Unidos ha desarrollado una política internacional en propiedad intelectual que busca elevar los niveles de protección en temas como las medidas anti-elusión. De esta manera, los EE.UU. a través de Tratados de Libre Comercio exportan su legislación doméstica en el tema: la Digital Millennium Copyright Act (DMCA), quedando los socios, la mayoría países en desarrollo, en la obligación de incorporar disposiciones similares a dicha ley en sus leyes nacionales. Sin embargo, las disposiciones de DMCA han sido ampliamente criticadas debido a sus efectos colaterales. Este documento, utilizando a Perú como ejemplo, analiza si los socios comerciales de Estados Unidos toman en cuenta la experiencia de éste con la legislación de la DMCA al momento de implementar las obligaciones del TLC.

Palabras clave: Medidas tecnológicas de protección, Tratados de Libre Comercio, Implementación, Perú, derecho de autor.

ABSTRACT: During the last couple of years the United States has enacted an international policy in intellectual property that seeks to raise levels of protection in subjects such as anti-circumvention measures. Therefore, through Free Trade Agreements, the US exports provisions on the matter based on its domestic legislation: The Digital Millennium Copyright Act (DMCA). Consequently, US's trade parties –most of them developing countries– are currently in the obligation to incorporate alike provisions in their national law. However, DMCA's provisions have been widely criticized due their its collateral effects. This paper, using Peru as an example, analyzes whether US' trade partners take into account the former's experience with DMCA legislation at the moment of implementing FTA's obligations.

Keywords: technological protection measure, Free Trade Agreements, Implementation, Peru, Copyright.

* Doctora en Derecho de la American University Washington College of Law. Docente investigadora de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja (Colombia). Código Orcid 0000-0002-6338-0093. Dirección postal: Calle 19 N° 11 - 64 Tunja - Boyacá (Colombia). Dirección electrónica: marcela.palacio@usantoto.edu.co.

** Doctor en Derecho de la American University Washington College of Law. Profesor Titular e investigador del grupo de investigaciones en Derecho GRID de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana (UPB), Medellín (Colombia). Código Orcid 0000-0002-9221-8642. Dirección postal: Circular 1ª 70-01, Medellín, Colombia. Dirección electrónica: juan.gaviriag@upb.edu.co

Agradecemos a Miguel Morachimo y Oscar Montezuma por su valioso aporte acerca de la legislación peruana.

INTRODUCCIÓN

Las medidas tecnológicas de protección (MTP) son herramientas de autogestión de derechos utilizadas por los titulares de derecho de autor, los cuales, muchas veces debido a desarrollos tecnológicos –como el Internet– pueden ver amenazados sus derechos en razón de las facilidades que este brinda para reproducir, distribuir y transformar las diferentes creaciones a muy bajo costo y con gran calidad. Dichas medidas, como su nombre lo indica, hacen referencia al uso de la tecnología, un software o dispositivo o ambos, por los titulares de derecho de autor para proteger sus intereses. No obstante, la protección tecnológica dada por las MTP no fue suficiente para que los titulares de derechos pudieran impedir la explotación no autorizada de sus obras, ya que éstas eran susceptibles de ser eludidas por personas con conocimientos en tecnología. Es por esta razón que los titulares de derecho de autor empiezan a buscar una capa externa de protección: la legal. De esta manera, aparecen a nivel internacional ciertas obligaciones de brindar protección legal contra la elusión de las MTP.

La protección legal que inicialmente se otorgó a dichas MTP a través de tratados y normas internacionales, como en las de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), ha ido incrementándose debido a políticas agresivas de países como Estados Unidos, el cual, a partir del año 2000 empieza a incorporar en el texto de sus Tratados de Libre Comercio (TLC) disposiciones similares a las establecidas en su legislación interna, denominada *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA). No obstante, dichas disposiciones han sido muy controvertidas tanto a nivel nacional como internacional por sus efectos colaterales en la innovación, la educación, los derechos del consumidor, y la libertad de expresión, entre otros.

Perú, como socio comercial de Estados Unidos, debido a las obligaciones contraídas en el TLC entre estos dos países, ha comenzado a implementar las normas anti-elusión inspiradas bajo la DMCA. Esta implementación ha seguido de cerca el texto del tratado y, por ende, el modelo norteamericano, que como se mencionó anteriormente ha sido ampliamente criticado. Con base en lo anterior, este artículo pretende, a través de un estudio jurídico dogmático, y a través de una metodológica sistemática y comparada, analizar si los efectos negativos que han presentado las medidas tecnológicas de protección de la DMCA en la sociedad estadounidense han sido tenidas en cuenta por Perú para balancear el modelo al cumplir con la obligación de implementar dichas medidas contenidas en el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos.

Para desarrollar esta discusión, se abordará primero una explicación sobre medidas tecnológicas de protección; segundo, Medidas Tecnológicas de Protección y su Regulación en Estados Unidos; quinto, controversias nacionales de la DMCA; sexto, Perú y las medidas anti-elusión; para finalmente concluir que el tema de medidas tecnológicas de protección ha sido legislado sin tener en cuenta la verdadera importancia que tiene la materia y los efectos que estas pueden causar al interior de la sociedad, básicamente, el tema ha sido legislado con la finalidad de cumplir con el Tratado de libre Comercio.

I. MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN

Las MTP son herramientas utilizadas por los titulares de los derechos de autor para proteger sus intereses sobre sus creaciones de las nuevas tecnologías, como el Internet, que suele permitir a los usuarios reproducir, distribuir, comunicar y transformar las obras con excelente calidad, a un pequeño costo y rápidamente¹. De esta forma, las medidas tecnológicas de protección se convierten en una respuesta tecnológica de los titulares de los derechos de autor a un ataque de las mismas tecnologías a sus intereses.

Las MTP se pueden entender como todo software o dispositivo o la combinación de los dos encaminado a proteger la obra protegida contra accesos o usos no autorizados por el titular de los derechos o por la ley². De ahí que se le denominen “candados digitales o *digital locks*”. Dichas medidas pueden clasificarse en tres tipos: a) medidas de control de acceso, b) medidas de control de copia o de usos no autorizados, y c) medidas de identificación de la obra y el usuario³.

Las primeras, como su nombre lo indica, controlan el acceso a la obra. Dicho control se puede realizar a través de diversas MTP, por ejemplo, a través de la solicitud de una clave de esta manera, las MTP solo permitirán acceder al contenido de la obra al usuario que proporcione el código o contraseña adecuada, la cual es otorgada generalmente luego de que el usuario acuerda el pago de un precio o se somete a ciertos términos de uso⁴. Este es el caso de *Netflix*, donde solo se puede ingresar al sitio web luego de ingresar la clave. Otros ejemplos son aquellas que limitan el tiempo de acceso como en el caso de rentas de películas a través del *pay-per-view*; o aquellas que limitan el número de usuarios simultáneos como el caso de los *e-books* donde solo un determinado número de personas puede acceder al mismo tiempo al libro. También están aquellas que crean incompatibilidad selectiva, como en el caso de consolas de video juego que no reproducen copias piratas de juegos o aquellas que cifran la información o que solo permiten su acceso dependiendo de la ubicación del usuario mediante el bloqueo de ciertas direcciones IP que dependen de la ubicación geográfica, entre otras⁵.

Las segundas permiten al titular de la obra predeterminar los términos y condiciones en los cuales la obra puede ser utilizada. De esta forma, el titular podría cobrar por cada uso que se haga de su obra. Por ejemplo, algunas de las TPM de copia son: (i) solo lectura, bajo esta TPM el titular puede predeterminar que el usuario por el pago de un precio solo tendrá derecho a la lectura de la obra, como en el caso de los *ebooks*, o (ii) bloqueo de impresión, bajo esta MTP el titular puede limitar el número de copias que se podrá realizar de la obra. De igual manera, el titular podría utilizar MTP para determinar que el uso de su

¹ TIAN (2009) p. 214 (“Many copyrights owners fear that the application of these new technologies may cause ‘a loss of control’ over their copyrighted works. They believe that traditional copyright law is not strong enough to protect their rights on the Internet, so they have tried to apply technical measures to defend themselves”). También, SERENO (2009) pp. 152-153.

² CORRIPIO (2009) pp. 194-206 (refiriéndose a la definición de las medidas tecnológicas de protección).

³ CORRIPIO (2009) pp. 195-206 (refiriéndose a la clasificación de las medidas tecnológicas de protección).

⁴ BURK (2002) p. 7 (refiriéndose a las medidas tecnológicas de acceso).

⁵ SIMON FRASER UNIVERSITY (2015).

obra se realice solamente en conexión con un determinado software o dispositivo electrónico; o adicionalmente, podría monitorear el grado de uso de la obra para cobrar por las diferentes modalidades de uso utilizando diversas maneras de medición, ya sea por tiempo, por porción de la obra utilizada, entre otras⁶. También se encuentran las MTP que bloquean la descarga, como es el caso del *streaming* en plataformas como YouTube, o aquellas que bloquean la reproducción como sucede para cierta música digital o películas⁷.

La aplicación de una medida tecnológica de protección a una obra protegida le otorga a su titular la habilidad de gestionar sus derechos, convirtiéndose en una herramienta de auto-ejecución de derechos. A través de la imposición de MTP, los titulares evitan tener que acudir a un proceso judicial para lograr el objetivo de proteger sus derechos. Esta posibilidad es de especial importancia en el ambiente digital, donde dada su naturaleza se dificulta el seguimiento de las obras, permitiendo que muchas infracciones queden impunes⁸.

No obstante, y en los inicios de la década de los 90 la utilización por sí sola de medidas tecnológicas para la protección de las obras en el ambiente digital no fue tan eficaz como esperaban los titulares de derechos. Ello se debió a que, al tratarse de una programación tecnológica, las MTP podían ser eludidas por otra programación tecnológica⁹. De esta forma, cada vez que los titulares establecían un candado digital para proteger una obra, los *hackers* encontraban la forma de traspasarlo, convirtiéndose en una batalla tecnológica entre titulares de derechos y *hackers*, con mayor éxito para estos últimos. Este escenario llevó a que los titulares de los derechos buscaran una protección adicional a la tecnológica para la protección de sus obras en el ambiente digital, encontrando en la vía legal la solución buscada¹⁰. Así, entonces, se reguló la prohibición de la elusión de las medidas tecnológicas de protección, mediante normas conocidas como disposiciones anti-elusión.

II. MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN Y SU REGULACIÓN EN ESTADOS UNIDOS

La primera regulación a nivel internacional relativa a la prohibición de eludir medidas tecnológicas de protección fue el resultado de la Conferencia Diplomática de la OMPI sobre ciertas cuestiones de derecho de autor y derechos conexos, celebrada en Ginebra (Suiza) el 20 de diciembre de 1996, donde se firman el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (TODA)¹¹ y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación, o Ejecución y Fonogramas

⁶ BURK (2002) p. 8 (refiriéndose a las medidas de control de copia o de control de usos y las diferentes circunstancias en que son utilizadas).

⁷ SIMON FRASER UNIVERSITY (2015).

⁸ Burk (2002) pp. 7-9 (refiriéndose a las medidas tecnológicas de protección como una herramienta que permite la auto-ejecución de los derechos por parte de sus titulares).

⁹ TIAN (2009) pp. 214-215.

¹⁰ TIAN (2009) pp. 214-215.

¹¹ WIPO COPYRIGHT TREATY (1996).

(TOIEF)¹², conocidos como los Tratados de Internet de la OMPI¹³. No obstante dicha regulación se realizó en términos ambiguos y generales, dejando un ámbito de implementación amplio a nivel doméstico¹⁴.

Luego de la ratificación de Estados Unidos de los Tratados de Internet de la OMPI, la administración Clinton decidió llevar a cabo la implementación nacional de dichas obligaciones. La legislación nacional producto de la implementación de los Tratados de la OMPI fue la *Digital Millennium Copyright Act* de 1998, la cual incorporó el capítulo 12 a la *Copyright Act* de 1976. Esta ley se describe como una implementación maximalista de las obligaciones adquiridas en los tratados por superar los niveles de protección requeridos en estos¹⁵, la cual fue exaltada y promovida por la industria del software y el entretenimiento y criticada por la comunidad científica, bibliotecarios y académicos¹⁶.

En la Sección 1201, la DMCA regula la materia de medidas tecnológicas de protección, prohibiendo esencialmente tres tipos de conductas respecto de las medidas tecnológicas de protección efectivas¹⁷: a) la elusión de medidas tecnológicas de control de acceso¹⁸; 2) el tráfico de dispositivos cuya principal función sea la elusión de medidas tecnológicas de control de acceso; 3) el tráfico de dispositivos cuya principal función sea la elusión de medidas tecnológicas de control de copia¹⁹.

De esta forma, la protección brindada por la DMCA respecto de las medidas tecnológicas de protección difiere si se trata de una MTP de control de acceso o de control de copia o uso. Respecto de las primeras la DMCA, prohíbe tanto el acto en sí de la elusión²⁰ como los actos preparatorios a la elusión, es decir, el tráfico de los dispositivos y servicios elusivos, castigando las conductas que pueden desembocar eventualmente en la elusión de una medida²¹. Por otro lado, y respecto de las medidas de control de copia o control de usos, la DMCA solo prohíbe los actos preparatorios de la conducta, más no la elusión de la medida tecnológica efectiva de control de copia en sí²². Esta última posición se toma con el fin de no sacrificar una potencial utilización del *fair use* en determinados casos, ya que la copia es permitida en ciertas circunstancias por el *fair use*, pero no así el acceso no autorizado²³.

¹² WIPO PERFORMANCES AND PHONOGRAMS TREATY (1996).

¹³ Anterior a esta regulación internacional se encuentran unos antecedentes normativos a nivel nacional en el Reino Unido (Sección 296 del Copyright, *Designs and Patents Act* de 1988, la Directiva europea del 14 de mayo de 1991) y en Estados Unidos (*US Audio Home Recording Act* 1992). SERENO (2009) pp. 151-154-55.

¹⁴ RAMOS GIL DE LA HAZA (2009) p. 76.

¹⁵ SAMUELSON (1999) pp. 520-528 (refiriéndose a la agenda maximalista que implemento las obligaciones de los Tratados de la OMPI).

¹⁶ CALANDRILLO y DAVISON (2008) p. 354.

¹⁷ GINSBURG (2007) pp. 2-3.

¹⁸ DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (a) (1).

¹⁹ DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (a) (2); Section 1201 (b); ROTHCHILD (2005) pp. 489 (hacienda referencia a que esta legislación hizo ilegal traficar dispositivos que puedan eludir una MTP).

²⁰ DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (a) (2);

²¹ DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (a) (2);

²² DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (b) (1);

²³ No obstante, el DMCA no establece una excepción específica a la elusión de medidas tecnológicas de protección que permita la elusión en razón de un *Fair Use*. FERNÁNDEZ (2003) p. 54, 58 (refiriéndose a la no prohibición de la elusión de medidas de control de copia como una posición de protección del *Fair use*).

La DMCA contiene una lista taxativa de siete excepciones al acto de elusión de la medida tecnológica de acceso²⁴. Empero, pocas de estas aplican a la prohibición de actos preparatorios²⁵. Dichas excepciones se incluyeron en el texto de la ley gracias a una campaña de lobby ejercida, entre otros por el grupo de bibliotecarios. Sin embargo, esta lista no incluye una excepción que permita la elusión de las MTP en caso de *fair use*²⁶. Las excepciones al acto de elusión de una MTP de acceso son: 1) excepción para las bibliotecas, archivos e instituciones educativas sin ánimo de lucro²⁷; 2) excepción de ingeniería inversa²⁸; 3) excepción de investigación de cifrado²⁹; 4) excepción de protección de menores³⁰; 5) excepción para la protección de información de identificación personal³¹; 6) excepción de pruebas de seguridad³²; y 7) excepción de actividades gubernamentales³³. De las excepciones anteriormente mencionadas, la excepción de pruebas de seguridad y de investigación de cifrado aplican al tráfico de dispositivos y servicios elusivos de una MTP de acceso³⁴, mientras que la excepción ingeniería inversa es la única excepción que aplica a los tres actos prohibidos.

De igual manera, la DMCA establece un proceso administrativo a cargo de la Oficina de Derecho de Autor [*Copyright Office*] para la creación de excepciones temporales a la elusión de medidas tecnológicas de protección y que operan en favor de usuarios de una obra de derechos de autor que se encuentren o puedan llegar a verse adversamente afectados por la medida tecnológica de protección en su capacidad para realizar usos no infractores³⁵. Dicho procedimiento se estableció como reconocimiento a que la fuerte legislación en materia de MTP podría llegar a afectar el acceso futuro a materiales para fines lícitos³⁶. Se dice que son excepciones temporales, ya que su duración máxima es de tres años, sin renovación automática. No obstante, se pueden solicitar un número ilimitado de veces siempre que se demuestre el impacto negativo real o probable durante un lapso de tres años para que se otorgue la excepción³⁷. Sin embargo, las excepciones creadas a partir del procedimiento administrativo de protección de normas no tienen aplicación a las disposiciones antitráfico³⁸.

²⁴ DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998, Section 1201 (a) (1)(B); Section 1201 (d)-(j).

²⁵ WANG (2006) pp. 8-9 (estableciendo que muy pocas excepciones se crearon para los actos preparatorios).

²⁶ FERNÁNDEZ (2003) p. 54, 58 (refiriéndose al rechazo del establecimiento de una excepción a la elusión de las medidas tecnológicas de protección en casos de *Fair use*). CALANDRILLO y DAVISON (2008) p. 358.

²⁷ DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (a) (1).

²⁸ DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (f).

²⁹ DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (g).

³⁰ DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (h).

³¹ DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (i).

³² DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (j).

³³ DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (e).

³⁴ DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (g)(4); Section 1201 (j)(4).

³⁵ DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (1) (B)-(E); WARREN (2017) p. 14.

³⁶ CASA DE REPRESENTANTES (1998) p. 36.

³⁷ EXEMPTION TO PROHIBITION ON CIRCUMVENTION OF COPYRIGHT PROTECTION SYSTEM FOR ACCESS CONTROL TECHNOLOGIES. (2012) p. 65621.

³⁸ DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (a) (1)(B).

Otras características importantes de la regulación del DMCA acerca de la prohibición de elusión de las medidas tecnológicas de protección son: su tratamiento como una causa de acción civil y criminal independiente de la infracción de derecho de autor, en otras palabras, el titular puede acudir ante un tribunal civil³⁹ o penal⁴⁰ a pedir el resarcimiento del perjuicio por haberse eludido la medida tecnológica a pesar de no haber existido infracción a los derechos de autor⁴¹; la no obligación de un dispositivo a responder a determinada medida tecnológica⁴²; y la ausencia de exigencia de un elemento cognoscitivo al momento de la elusión para ser sancionada, lo que ocasiona que se sancionen incluso las elusiones accidentales⁴³.

De esta forma, se puede observar como la legislación establecida en la DMCA respecto de MTP fue más allá de lo pedido por los tratados de la OMPI. Por ejemplo, castigar tanto el acto de elusión de una MTP como los actos preparatorios es una implementación maximalista del deber de proporcionar “protección jurídica adecuada” establecida en los tratados. Esta misma situación se presenta al considerar la elusión de una medida tecnológica de protección como una causa de acción independiente y escoger una protección legal tanto civil como penal, ya que los tratados no mandan a prohibir todos los actos relacionados con la elusión de una MTP sino solo aquellos que “no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la ley” y, de igual manera, solo exigen el requisito de brindar “recursos jurídicos efectivos”. Estas situaciones, consecuentemente, dejan en evidencia la implementación maximalista de las obligaciones de los tratados de la OMPI por parte de Estados Unidos, que si bien va más allá de los mandatos de los tratados, no se encontraba prohibida por estos.

Posteriormente, este modelo de protección a las Medidas Tecnológicas de Protección empezó a ser exportado por EE.UU. a otros países, en especial, en vía de desarrollo, para asegurarse que los países receptores tuvieran un nivel de protección similar al suyo. Son diversos los países que han aceptado la inclusión de dichas disposiciones en los textos de los TLC, entre ellos, Australia, Bahrein, Chile, Colombia, Costa Rica, Corea, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras, Marruecos, Nicaragua, Omán, Perú y Singapur.

Sin embargo, la DMCA, ha sido al altamente controvertida por la academia y por grupos de sociedad civil. Para efectos de esta discusión se presentarán sus características más significativas y algunos de los motivos de controversia a continuación.

³⁹ DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (a) (2); Section 1201 (b)Section 1203.

⁴⁰ DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (a) (2); Section 1201 (b)Section 1204.

⁴¹ GINSBURG (2007) pp. 3 (refiriéndose a que la violación a una MTP es independiente a que exista una infracción al derecho de autor).

⁴² DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (c)(3).

⁴³ SERENO (2009) p. 184 (refiriéndose a la ausencia de requisito de un elemento cognoscitivo al momento de eludir la medida tecnológica de protección).

III. CONTROVERSIAS DE LA *DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT* EN LOS ESTADOS UNIDOS

La DMCA, antes de empezar a ser exportada a otras jurisdicciones ya llevaba al menos ocho años de vigencia en el país de origen, tiempo durante el cual se pudo evidenciar que se trataba de una legislación controversial en su país de origen, en la medida que en aras de proteger el acceso a una obra protegida se afectaban otros intereses importantes y en especial de grupos en situación de vulnerabilidad. De igual manera, sirven como mecanismo para evadir reglas como la duración de la protección e incluso la aplicación de las excepciones y limitaciones⁴⁴.

Algunos de tales efectos hoy afectan a la sociedad estadounidense en formas que se creían irreales en el pasado. Por ejemplo, en el reporte de la OMPI de 1999 acerca de la implementación de las obligaciones de los tratados de Internet se afirmaba que no había prueba de que las medidas tecnológicas de protección afectarían el uso del *fair use* y que no se había demostrado que podrían tener dicho efecto a futuro⁴⁵. No obstante, hoy en día tales efectos negativos, entre otros, saltan a la vista. Por ejemplo, se ve afectada la libertad de expresión cuando compañías como Apple impiden que se discutan en blogs como *WIKIBLUE* temas como la ingeniería inversa de un iPhone o iPod para permitir su sincronización con un software diferente al iTunes, sin haberse proporcionado ningún código de elusión⁴⁶. O cuando los científicos se ven atemorizados de publicar sus investigaciones por posibles amenazas bajo el DMCA. Este es el caso del profesor J. Alex Harderman, quien tuvo que retrasar la publicación de sus hallazgos investigativos sobre las vulnerabilidades que presentaban los controles de copia de varios títulos musicales de Sony-BMG, dejando a los usuarios desinformados por mayor tiempo⁴⁷. Igualmente se afecta la libre competencia cuando empresas como Microsoft aplican las medidas anti-elusión con el fin de evitar que los usuarios de las consolas de Xbox-360 utilicen tarjetas de memorias de un tercero⁴⁸, o cuando los operadores de celulares impiden abrir las bandas de sus equipos de tal manera que no puedan ser utilizados con otros operadores, o igualmente cuando se impide hacer un cambio del sistema operativo de las tabletas o en una consola de juego⁴⁹. Adicionalmente, muchas veces se ha utilizado la medida tecnológica de protección para limitar la competencia o crear monopolios, como en el caso de los productos de puestas de garaje que utilizó las MTP para prevenir que se usaran repuestos de otros competidores⁵⁰.

⁴⁴ CANALAES LOEBEL (2012) p. 109; ARMSTRONG (2006) p. 50-51.

⁴⁵ MARKS y TURNBULL (1999) n. 6, p.9 (“To date technical protection measures have not prevented fair use or fair practice with respect to works and there has been no demonstration that such measures will have this effect in future”).

⁴⁶ Para éstos y más ejemplos LOHMAN (2010). Para una versión más actualizada: Electronic Frontier Foundation (2013).

⁴⁷ Electronic Frontier Foundation (2013); MULLIGANT y PERZANOWSKI (2007) pp. 1198.

⁴⁸ DELAHUNTY (2011).

⁴⁹ ROBERTSON (2012).

⁵⁰ IWAHASHI (2011), p. 494.

Una de las poblaciones más afectadas por las medidas anti-elusión son los invidentes o personas con discapacidades visuales toda vez que las MTP pueden ser utilizadas para impedir que un lector de libros electrónicos o *e-reader* utilice la función de habla o de transmisión a un sistema de Braille digital. O de permitirla, muchas veces esta autorización de interacción con la obra es limitada, impidiendo realizar un uso completo de estos sistemas de “*read aloud*”⁵¹. Dicha situación se debe a que, por ejemplo, la excepción de ingeniería inversa no cubre la interoperabilidad de datos-programas⁵². A nivel internacional se ha reconocido que las MTP pueden convertirse en una barrera para las personas con discapacidad visual. En tal sentido y en el 2013, el Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, estableció en su artículo 7 que los Estados contratantes deberán adoptar las medidas necesarias para que la utilización de MTP no impida a los beneficiarios del tratado que goce de las limitaciones y excepciones que éste establece dirigidas a permitir el acceso a las obras en formatos accesibles. Con todo, y con corte a junio de 2018, Estados Unidos no ha ratificado dicho tratado.

El proceso administrativo de creación de excepciones temporales no ha sido suficiente para resolver los abusos cometidos. El alto nivel de evidencia requerida por la Copyright Office al momento de considerar la creación de una excepción, ocasiona que las excepciones finalmente creadas sean muy pocas y con un ámbito de aplicación limitado. De igual manera, al tratarse de excepciones de carácter temporal, con una duración de tres años, este proceso pone en una posición difícil a los grupos o personas que requieren de dichas excepciones.

Por ejemplo, desde 2003 y hasta 2015, a través del procedimiento administrativo, las personas invidentes o con discapacidades visuales han conseguido la promulgación de una excepción que les permita eludir una TPM de acceso para lograr utilizar los dispositivos o software de asistencia. No obstante, al ser una excepción temporal sin renovación automática, dichas personas han tenido que incurrir en gastos de cabildeo, traslados, entre otros, para intentar cada tres años la renovación de tal excepción pero sin que exista seguridad de que ello se logre⁵³. Dicha situación se puede ver evidenciada en el caso de los teléfonos móviles donde la Copyright Office otorgó una excepción en el proceso de revisión de 2010, permitiendo eludir una MTP para abrir las bandas de un teléfono móvil con el propósito de cambiar de operador móvil⁵⁴. No obstante, durante el proceso de revisión de 2012 la Copyright Office decidió eliminar la excepción argumentando, entre otras cosas, la disponibilidad en el mercado de diversos dispositivos con bandas abiertas⁵⁵.

El caso de los teléfonos móviles permite ilustrar que los descontentos con el proceso administrativo de creación de excepciones temporales han llegado también al nivel institucional en Estados Unidos. Dado el cambio de posición de la Copyright Office, se presentó

⁵¹ FRUCHTERMAN (2013).

⁵² Section 1201 (f).

⁵³ REID (2013); ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION (2013).

⁵⁴ EXEMPTION TO PROHIBITION ON CIRCUMVENTION OF COPYRIGHT PROTECTION SYSTEM FOR ACCESS CONTROL TECHNOLOGIES (2010).

⁵⁵ EXEMPTION TO PROHIBITION ON CIRCUMVENTION OF COPYRIGHT PROTECTION SYSTEM FOR ACCESS CONTROL TECHNOLOGIES (2012).

el proyecto de ley “*Unlocking Technology Act 2013*”⁵⁶ ante el Congreso de los Estados Unidos para convertir la posibilidad de abrir las bandas de un teléfono móvil en una excepción permanente. De hecho, este proyecto de ley iba un poco más allá del caso de los celulares, ya que buscaba enmendar la Sección 1201 de la *Copyright Act* de 1976, eliminando la prohibición de la elusión como una causa independiente a la infracción a los derechos de autor. Aunque dicho proyecto fue archivado, el presidente Barack Obama sancionó en el 2014 el “*Unlocking Consumer Choice and Wireless Competition Act*”, que derogó la revisión de 2012 que negaba la excepción y devolvía vigencia a la revisión de 2010, además de sugerir a la *Copyright Office* ampliar la excepción a otros dispositivos⁵⁷.

Otros proyectos de ley se han presentado intentando solventar algunos de los problemas de la legislación anti-elusión y que cambiarían la forma de protección de las TPM. En 2015 se reintrodujo el proyecto denominado “*Unlocking Technology Act of 2015*”⁵⁸, que buscaba eliminar la prohibición de la prohibición de elusión de una TPM como una causa independiente, aunque hasta la fecha su progreso legislativo ha sido nulo⁵⁹. Como otra ilustración, en 2015 se presentó al Congreso el “*Breaking Down Barriers to innovation Act*”⁶⁰ buscando facilitar la concesión de excepciones a través del proceso administrativo y ampliar el ámbito de aplicación de algunas de las excepciones existentes⁶¹.

De igual manera, las críticas y descontentos con la legislación anti-elusión han sido manifestadas a nivel oficial. En marzo de 2013 María Pallante, directora para ese entonces de la Copyright Office, testificó ante el Congreso de los Estados Unidos pidiendo la reforma de las normas de derecho de autor, dada su necesidad de ser ajustada con base en las nuevas tecnologías. Para Pallante, y debido a que la DMCA era una norma de hace 15 años que se había vuelto anacrónica con motivo de la rapidez con que evoluciona la Internet, se hacía necesario revisar dicha norma y, en especial, el proceso administrativo de creación de excepciones a las prohibiciones de anti-elusión, el cual se beneficiaría de la intervención del Congreso⁶². Más recientemente, en 2016, la Copyright Office abrió una convocatoria pública para presentar comentarios sobre un estudio acerca de la efectividad de las medidas anti-elusión y la posibilidad de realizar cambios a la legislación, como por ejemplo, establecer excepciones permanentes con posibilidad de ser revocadas⁶³. En 2017, la Copyright Office publicó un reporte con los resultados de la convocatoria pública, donde establece que aunque la oficina no recomienda cambios significativos al ámbito de protección de las regulaciones de MTP, sugiere calibrar ciertos aspectos de la regulación para reflejar cambios en la tecnología, tales como: permitir la asistencia de terceras personas a los beneficiarios de las excepciones, ampliar el ámbito de cobertura de la excepción de investigación de cifrado y de seguridad, establecer excepciones permanentes para permitir tecnología de asistencia

⁵⁶ UNLOCKING TECHNOLOGY ACT OF 2013 (2013).

⁵⁷ UNLOCKING CONSUMER CHOICE AND WIRELESS COMPETITION ACT (2014); STOUT (2015) pp. 185-186.

⁵⁸ UNLOCKING TECHNOLOGY ACT (2015).

⁵⁹ UNLOCKING TECHNOLOGY ACT (2015a).

⁶⁰ BREAKING DOWN BARRIERS TO INNOVATION ACT (2015).

⁶¹ STOLTZ (2015).

⁶² PALLANTE (2013).

⁶³ COPYRIGHT OFFICE (2015).

para *e-books* y algunas reparaciones, diagnósticos, actividades de mantenimiento y desbloqueo de teléfonos móviles⁶⁴.

De esta manera, se puede ver como la DMCA ha causado diversos problemas a la sociedad estadounidense y los descontentos con esta legislación sobrepasan las simples preocupaciones académicas, pasando a ser objeto de preocupación de las propias instituciones estadounidenses y de grupos de sociedad civil. Sin embargo, y a pesar de haberse manifestado varias veces la necesidad de enmendar esta legislación, Estados Unidos la impuso a sus socios comerciales, como se describirá a continuación.

La inquietud que surge es: ¿cómo han asumido la implementación de las disposiciones de medidas tecnológicas de protección los socios comerciales de los Estados Unidos, teniendo en cuenta los efectos negativos causados en su país de origen? En específico, ¿están los socios comerciales dando a la implementación de las medidas anti-elusivas la discusión e importancia que merece, dada su historia de abusos e incidencias negativas en aspectos fundamentales de la sociedad estadounidense? Para responder esta pregunta, se estudiará en la siguiente sección el caso de Perú y la implementación de las obligaciones del TLC en materia de MTP.

VI. PERÚ Y LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN

Perú fue uno de los países que entró en negociaciones comerciales con Estados Unidos. De esta manera, en el 2005 firmó un Tratado de Libre Comercio con este país, quedando obligado, entre otras cosas, a brindar protección legal a las Medidas Tecnológicas de Protección. En 2008 se empezó con el proceso de implementación de las obligaciones exigidas por el TLC en el tema. No obstante, la historia legislativa parece indicar que las experiencias negativas que se han presentado en EE.UU. frente a la regulación, no jugaron un papel importante al momento de implementar las normas en aras de buscar una regulación más balanceada, quedando en un escenario donde existe la potencialidad de que dichos efectos se puedan repetir en la sociedad peruana.

Concerniente a la regulación de la prohibición de eludir medidas tecnológicas de protección, Perú cuenta con dos obligaciones internacionales. Primero, Perú se adhirió en julio 30 de 2001 al TODA, el cual entró en vigor el 6 de marzo de 2002, y el 18 de abril de 2002 al TOIEF, el cual entró en vigor el 18 de julio de 2002. Posteriormente, en 2006, Perú negoció y ratificó un TLC con los Estados Unidos el cual entró en vigencia en 2009.

La legislación peruana ya había incluido algunas prohibiciones anti-elusión en su norma de propiedad intelectual, inclusive antes de concluirse los tratados de la OMPI⁶⁵. El Decreto Legislativo 822 de 1996 incluyó en sus artículos 38 y 187 la regulación de lo que se denominó “mecanismos, sistemas o dispositivos de autotutela” referidos a MTP. No obstante, el Decreto Legislativo obvió definir lo que debía entenderse por mecanismos de autotutela, siendo este vacío interpretado por la doctrina en el sentido de que dichos meca-

⁶⁴ COPYRIGHT OFFICE (2017).

⁶⁵ LIPSZYC (2006) p. 75-77.

nismos incluían las MTP de acceso y copia⁶⁶. Por otro lado, la protección ofrecida a dichos mecanismos era característica, ya que la regulación no brindó protección contra la elusión de la MTP sino que otorgó al titular de derecho de autor la facultad de implementar o de exigir la incorporación de mecanismos, sistemas y dispositivos de autotutela⁶⁷ y estableció disposiciones antitráfico de dispositivos y servicios elusivos⁶⁸.

No obstante, la mayor regulación de la materia se promulga con el Decreto Legislativo 1076⁶⁹ del 27 de junio del 2008, que implementó las obligaciones de protección civil en materia de MTP y la Ley N° 29.263 de 23 de septiembre de 2008, que implementó la protección penal establecida en el TLC entre Perú y Estados Unidos en relación a los delitos contra la propiedad intelectual⁷⁰, siendo ambas posteriormente enmendadas por la Ley N° 29.316 de 2009.

El Decreto Legislativo 1076, a diferencia del Decreto Legislativo 822, introduce en la legislación peruana la definición de medida tecnológica efectiva, señalar, en su artículo 1 que esta “Es cualquier tecnología, dispositivo o componente que, en el curso normal de su operación, controla el acceso legal a una obra, interpretación o ejecución o fonograma, o que protege cualquier derecho de autor o conexo”. Tal definición, se observa, es idéntica a la del TLC entre Perú y Estados Unidos⁷¹. Respecto de la protección de las MTP, el Decreto legislativo 1076 no modificó la regulación existente, sino que incorporó nuevos artículos. De esta manera, el artículo 4 incorporó el artículo 196 A estableciendo la prohibición de tres actos: i) la elusión de la medida tecnológica efectiva que controla el acceso a una obra, ii) el tráfico de dispositivos y servicios elusivos de una MTP de acceso, y iii) el tráfico de dispositivos y servicios elusivos de una MTP de copia.

Respecto de las limitaciones y excepciones, el artículo 196B incorporado estableció un modelo similar al estadounidense al implementar el TLC e incorporó una lista cerrada de seis excepciones y un proceso administrativo: 1) excepción de ingeniería inversa, 2) excepción de protección de menores, 3) excepción de pruebas de seguridad, 4) excepción para las bibliotecas, archivos e instituciones educativas sin ánimo de lucro, 5) excepción para la protección de información de identificación personal, 6) actividades gubernamentales (establecida en el artículo 196D) y 7) un proceso administrativo de creación de excepciones temporales a cargo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). A pesar de lo anterior, el Decreto no incluyó la excepción de cifrado ordenada por el TLC. Lo que sí hizo el Decreto fue determinar la forma de aplicación de las excepciones, de tal manera que las siete excepciones aplican a la prohibición de eludir la medida tecnológica de acceso, las excepciones 1, 2, 3 y 4 aplican al tráfico de dispositivos y servicios de una MTP de acceso y, finalmente, la excepción 1 aplica al

⁶⁶ LIPSZYC (2006) p. 75-77 (refiriéndose a que en Perú bajo el Decreto Legislativo 822 se incluyó la protección de MTP de acceso y copia).

⁶⁷ DECRETO LEGISLATIVO 822 DE 1996 art. 38.

⁶⁸ DECRETO LEGISLATIVO 822 DE 1996 art. 38 párrafo segundo y art. 187; CÓRDOVA (2013), p. 36.

⁶⁹ DECRETO LEGISLATIVO 1076 de 2008. La Ley 29 157 autoriza al ejecutivo para que legisle ciertas materias necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones con el TLC de Estados Unidos.

⁷⁰ OSSA ROJAS (2011) p. 76.

⁷¹ ACUERDO DE PROMOCIÓN COMERCIAL ENTRE PERÚ Y ESTADOS UNIDOS (2006) art. 16.7.4 (b).

tráfico de dispositivos y servicios de una MTP de copia. La excepción de actividades gubernamentales aplica a los tres actos prohibitivos. No obstante, dicha implementación varió un poco lo dispuesto por el TLC, que buscaba que la excepción en favor de bibliotecas, archivos e instituciones educativas, solo aplicara a la elusión de una MTP de acceso. Posteriormente, en el 2009, el Congreso promulgó la Ley N° 29.316, la cual modificó el Decreto Legislativo 1076, aunque sus modificaciones no fueron sustantivas ya que los cambios hechos al artículo 196A simplemente lo acercan un poco más a la redacción del texto del TLC⁷².

De otro lado, la Ley 29.263⁷³, que modificó varios artículos del Código Penal para introducir las sanciones respecto a la elusión de medidas tecnológicas de protección, parece haber sido más restrictiva que la ley estadounidense o el TLC. Dicha ley establece tres tipos penales relacionados con la elusión de medidas tecnológicas de protección. El artículo 220A sanciona la acción de elusión en sí misma con una pena privativa de la libertad máxima de dos años y de diez a sesenta días de multa. Dicho artículo tiene una aplicación muy amplia, ya que prohíbe la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva, sea de control de acceso o de control de copia. Esta situación muestra que la regulación peruana sobre MTP fue más exigente de lo que mandaba el TLC con Estados Unidos e incluso más restrictiva que la legislación estadounidense, donde la MTP de copia es libre de eludirse para permitir la realización del *fair use*. Los artículos 220B y 220C castigan respectivamente el tráfico de dispositivos o parte de estos y la prestación de servicios destinados principalmente a la elusión de una medida tecnológica.

Inicialmente, los artículos 220A y 220B no requerían que la medida objeto de la elusión fuera “efectiva” significando que se castigaba la elusión y el tráfico de dispositivos destinados principalmente a la elusión de cualquier medida tecnológica sin importar si realmente cumplía su cometido de impedir el acceso o usos no autorizados, si funcionaba, o si era fácilmente eludible (inclusive sin saberlo). No obstante, el artículo 220A, que hace referencia a la prohibición de elusión se modificó con la Ley 29.316, al incluirse la palabra “efectiva”, no sucediendo lo propio con el artículo 220B⁷⁴.

⁷² Su modificación está dirigida al literal a) del artículo 196A el cual regula la prohibición de eludir una medida tecnológica efectiva que controla el acceso a una obra. El literal original establecía: a. “Quienes eludan sin autorización cualquier medida tecnológica efectiva que los autores, artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas utilicen en relación con el ejercicio de sus derechos para controlar el acceso a una obra, interpretación o ejecución o fonograma protegido” La ley modificatoria elimina la expresión referida al sujeto calificado de quien impone la medida tecnológica. Solo esta modificación pudo haber ampliado el ámbito de cobertura de la medida tecnológica de control permitiendo que cualquier persona sea la autorizada para hacer uso de esta medida. La legislación también agrega al comienzo del artículo 196 un párrafo que reza: “Artículo 196A.- Con el fin de proporcionar protección legal adecuada y recursos legales efectivos contra la elusión de medidas tecnológicas efectivas que los autores, los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas utilizan en relación con el ejercicio de sus derechos y para restringir actos no autorizados con respecto a sus obras, interpretaciones o ejecuciones y fonogramas, las acciones señaladas en el artículo anterior podrán estar dirigidas contra(...)”. De esta forma, le devuelve al literal a la obligación de ser un sujeto calificado el cual imponga la medida tecnológica efectiva en la obra, esto es sea el autor, interprete ejecutor o productor. Por lo tanto, lo que hace esta modificación es acercan un poco más la redacción de la ley a aquella contenida en el texto del TLC.

⁷³ LEY 29.263 de 2008.

⁷⁴ En el caso de la prohibición de elusión de la medida tecnológica en sí (art. 220A modificado por la ley 29316) y la prestación de servicios destinados a la elusión (art. 220C) si se exige que dicha medida tecnológica sea efectiva.

Finalmente, la elusión de la medida tecnológica se castiga como un delito ajeno a la infracción de los derechos de autor, ya que basta haber eludido la medida tecnológica o haber traficado con dispositivos elusivos u ofrecer servicios elusivos para incurrir en el delito. Esta infracción penal no tiene ninguna excepción, ni siquiera aquella que establece el texto del TLC a favor de una biblioteca, archivo, institución educativa u organismo público de radiodifusión no comercial sin fines de lucro⁷⁵.

Esta descripción de la legislación peruana evidencia que la implementación del Tratado de Libre Comercio en materia de MTP por parte de Perú, se realizó a través de una transcripción del texto del TLC y en varias ocasiones con un resultado más restrictivo. Al analizar la motivación de la ley e historia legislativa de las regulaciones de las MTP en busca del análisis en torno de la implementación para determinar si temas como la afectación a la educación, innovación, derechos de los consumidores, entre otros, estuvieron en el centro de la discusión, no hay información que permita saber a profundidad los puntos sobre los que giró el debate de la ley. Lo anterior, debido a que la implementación de las obligaciones civiles se hizo a través de un Decreto Legislativo y por su propia naturaleza —de acto legislativo realizado por el Poder Ejecutivo, previa delegación por el Congreso— no fue sometido a discusión pública. Respecto de las obligaciones penales, la historia legislativa de la Ley 29.263 no brinda mayores luces acerca de la discusión surtida.

No obstante, de diversos elementos se puede inferir que la implementación de la protección de las MTP no recibió la discusión y atención requerida por la materia por razones como las siguientes: una redacción de la ley muy ceñida al texto del TLC; la premura con la que se expidió el Decreto Legislativo 1076 (el cual se expidió incluso antes de que entrara en vigor el TLC); y la rapidez con la que se surtió el trámite legislativo en el caso de la Ley 29.263, unido a haberse omitido una segunda votación en el caso de las sanciones penales a la elusión, al igual que haber ignorado algunas de las pocas flexibilidades que otorga el TLC tanto en materia civil como penal.

De esta forma, se podría inferir que la historia de abusos que se han presentado en los Estados Unidos, las campañas llevadas por las sociedades civiles en contra de estas disposiciones, las diferencias en el contexto estadounidense *vis a vis* el peruano y las preocupaciones proclamadas por la academia, no fueron tomadas en cuenta para reducir el alcance y rigidez de la protección de las MTP al momento de implementar la materia en la legislación peruana como guía para incorporar herramientas de balance en la regulación tal como lo hizo Australia y, hasta cierto punto, Colombia y, como consecuencia, los problemas podrían replicarse. Aunque la literatura existente respecto de la regulación de MTP en el Perú es poca o incluso inexistente con relación con las afectaciones a usuarios por parte de las MTP, lo cierto es que el escenario legal propenso a permitir dichos abusos por parte de los titulares se encuentra presente.

Por ejemplo, uno de los problemas del modelo de protección de las MTP norteamericano, es que altera el equilibrio que debe existir entre titulares de derecho de autor y los usuarios, como se mencionó en el capítulo anterior. En Estados Unidos, el copyright presenta derechos específicos y una limitación abierta llamada *fair use*. Dicha limitación brin-

⁷⁵ TRATADO DE LIBRE COMERCIO, Artículo 16.7 (5)(a) inciso 2.

da un mayor balance a la regulación al adaptarse a nuevas situaciones como la utilización de las nuevas tecnologías. No obstante, y a pesar del gran alcance del *fair use*, la protección a las MTP ha logrado impedir la utilización de esta importante herramienta de balance.

En la implementación peruana, se trae el mismo modelo de MTP haciéndolo en algunos aspectos más restrictivos, pero a un sistema donde el balance pre-existente no era tan flexible, sin intentar equilibrar de nuevo el sistema. En Perú, las excepciones y limitaciones hacen parte de un sistema de lista cerrada con interpretación restrictiva, por lo tanto, existe menos adaptación de éstas a los cambios. De esta manera, el modelo de MTP entra a desbalancear un poco más el panorama al impedir el uso de las reducidas limitaciones y excepciones. Un ejemplo de esta situación, lo menciona Jorge Alberto Córdova referente a la utilización de la excepción de copia privada con remuneración compensatoria establecida en el artículo 20 de la Ley 18.131. Dicha excepción establece el pago de una compensación al momento de adquirir soportes susceptibles de realizar copias de obras, interpretaciones y ejecuciones protegidas en forma de videogramas o fonogramas. De esta manera y bajo dicha excepción, los usuarios están autorizados a realizar una copia privada de las obras protegidas e, incluso, ya pagaron por tal derecho; con todo, si la obra se encuentra protegida por una MTP de copia no pueden realizarlo en la medida que no existen dispositivos ni servicios elusivos disponibles para este propósito. La normativa peruana, infortunadamente, no buscó otorgarle una solución a dicho problema⁷⁶.

Otro ejemplo en el que se puede observar que Perú no utiliza herramientas de balance ni intenta equilibrar el sistema de protección de MTP es el caso de la investigación de cifrado tema con respecto al cual no sería descabellado afirmar que las consecuencias adversas presentes en Estados Unidos podrían repetirse. Tal como se mencionó anteriormente, en Estados Unidos los científicos, a pesar de la existencia de la excepción de cifrado, pero debido a que esta es muy limitada, temen publicar sus investigaciones en el tema debido a amenazas de la industria basado en la regulación de MTP. Para el caso peruano, la regulación obvió incorporar una excepción en favor de la investigación de cifrado o herramientas de balance para poder mitigar dicho efecto. Por ejemplo, en la implementación del TLC entre Australia y Estados Unidos, aquel país se preocupó por obtener un balance en el modelo de protección del MTP estadounidense, para evitar así repetir las consecuencias adversas que ya se habían observado en dicho país. Respecto de la investigación del cifrado, Australia, tomando como base las situaciones que tenían que vivir los investigadores norteamericanos, incorporó en su legislación una acción en favor de una persona que ha sido amenazada con un procedimiento de TPM sin fundamento. Dicha acción puede ser interpuesta contra una amenaza, ya sea en relación con el acto de elusión o la prohibición de dispositivos (Copyright Act. 1968, 202A, 1). Como resultado, un tribunal podría ordenar que se declare que la amenaza es injustificable, o emitir una orden judicial para detener la amenaza o una orden concediendo una indemnización por las pérdidas que la persona sufrió como consecuencia de dicha amenaza. En síntesis, Australia buscó que no se repitieran las persecuciones a los investigadores en su país, situación que no fue preocupación del Perú.

⁷⁶ CÓRDOVA (2013) p. 99-105.

De igual manera, las leyes se promulgan según las realidades del sistema legal y las características sociales, culturales y económicas de cada país⁷⁷. La DMCA fue desarrollada para el funcionamiento del aparato estatal estadounidense. Por lo tanto, un sistema de creación de nuevas excepciones por parte de una entidad administrativa como lo es el Copyright Office funciona en este país pero no tanto en la realidad peruana. Una muestra de esto es que a junio de 2018 no se ha iniciado proceso alguno por el INDECOPI para la creación de nuevas excepciones y limitaciones a las MTP de acceso lo que conlleva que los pocos elementos de balance que incluye el modelo de MTP no sean utilizados.

Se puede observar como Perú, al no tener en cuenta los efectos adversos que tuvo la regulación del DMCA, no incluyó herramientas de balances ya sean dadas por el TLC o incorporadas de manera autónoma, dejando en pie una regulación con vocación de crear efectos adversos como la estadounidense. De esta manera, se puede observar que el tema de medidas tecnológicas de protección ha sido legislado en el Perú sin tener en cuenta la verdadera importancia que tiene la materia y los efectos que estas pueden causar al interior de la sociedad, básicamente, el tema ha sido legislado con la finalidad de cumplir con el Tratado de libre Comercio

CONCLUSIÓN

Las medidas tecnológicas efectivas fueron una herramienta para los titulares de derechos de autor, quienes veían amenazados cada vez más sus derechos debido al desarrollo y auge de las tecnologías. Empero, y al no ser suficiente la protección técnica que brindaban las medidas tecnológicas de protección, estos titulares de derechos buscaron una capa adicional de protección, acudiendo a la protección legal. Aunque en un principio eran entendibles los motivos por los cuales se buscaba otorgar dicha protección, su sobrerregulación, como en el caso de la DMCA, ha llevado a diferentes problemas en los ámbitos de educación, innovación, libertad de expresión, derechos de los consumidores, entre otros. Dichos problemas, que en un principio solo se presentaron en la patria creadora del DMCA, hoy se deben tener cada vez más en la mira, ya que dichas disposiciones están siendo exportadas a diferentes partes del mundo a través de Tratados de Libre Comercio. No obstante, muchas veces los socios comerciales de los Estados Unidos no tienen en cuenta dichos efectos al momento de legislar, como es el caso de Perú. Por lo cual, podría suceder que los mismos efectos, o incluso peores que los surgidos en Estados Unidos sean replicados en las sociedades de los países socios comerciales.

Con base en lo expuesto en las secciones previas, este artículo pretende hacer un llamado de atención a diversos países que no se han dado cuenta de la importancia que tiene una regulación equilibrada de las MTP en áreas tan importantes para una sociedad como lo son la educación, la cultura, la investigación, la innovación, la competencia justa al interior de los mercados y los derechos de los consumidores, entre otros; y recordar que, por lo tanto, su legislación no debe promulgarse con premura, sin hacer las averiguaciones correspondientes necesarias para una discusión informada de forma previa a la toma de decisiones legislativas.

⁷⁷ BLANCO (2016) p. 175.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARMSTRONG, Timothy (2006): “Digital Rights Management and the Process of Fair Use”, *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 20: pp. 50-121.
- BLANCO, Sara (2016): “Los trasplantes institucionales en el campo del derecho, Una perspectiva para la nueva economía institucional”, *Iberian Journal of the History of Economic Thought*, Vol. 3 N° 2: pp. 170-187.
- BREAKING DOWN BARRIERS TO INNOVATION ACT (2015). Disponible en: <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/senate-bill/990?q=S.+990>. Fecha de consulta: 30 de febrero de 2018.
- BURK, Dan L (2002): “Anti-Circumvention Misuse”, *University of Minnesota Law School. Research Paper N° 02-10*.
- CALANDRILLO, Steve P & DAVISON, Ewa M. (2008): “The Danger of the Digital Millennium Copyright Act: Much ado about nothing?”, *William and Mary Law Review*, Vol. 50: pp. 349-415.
- CANALES LOEBEL, María Paz (2012): “Impacto de las medidas tecnológicas de protección en el acceso al dominio público”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Vol. 1 N° 1: pp. 103-123. Disponible en: <https://semanariorepublicano.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/24026/25354>. Fecha de consulta: 22 de octubre de 2020.
- CASA DE REPRESENTANTES (1998): *Digital Millennium Copyright Act of 1998* (Reporte 105-551. Parte. 2). Disponible en: <https://www.congress.gov/105/crpt/hrpt551/CRPT-105hrpt551-pt2.pdf>. Fecha de consulta: 22 de octubre de 2020.
- COPYRIGHT OFFICE (2015): “Section 1501 Study: Notice and Request for Public Comment” Disponible en: <https://www.federalregister.gov/documents/2015/12/29/2015-32678/section-1201-study-notice-and-request-for-public-comment#footnote-32-p81371>. Fecha de consulta: 26 de febrero de 2018.
- COPYRIGHT OFFICE (2017): “Section 1201 of title 17. A Report of the Register of Copyrights” Disponible en: <https://www.copyright.gov/policy/1201/section-1201-full-report.pdf>. Fecha de consulta: 25 de junio de 2018.
- CORDOVA, Jorge Alberto (2013): “La excepción de copia privada en el derecho de autor frente a las medidas tecnológicas de protección: ¿una limitación a la excepción?” Pontificia Universidad Católica del Perú. Tesis de Maestría. Disponible en: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5118/CORDOVA_MEZARINA_JORGE_EXCEPCION_PROTECCION.pdf?sequence=1. Fecha de Consulta: 11 de julio de 2018.
- CORRIPIO GIL-DELGADO, María Reyes (2009): “La Protección de las medidas tecnológicas y de la información para la gestión de los derechos”, *ICADE*, N° 78: pp. 191-206. Disponible en: <http://revistas.upcomillas.es/index.php/revistaicade/article/view/238/178>. Fecha de consulta: 22 de octubre de 2020.
- DELAHUNTY, James (2011): “Microsoft misusing DMCA in Xbox 360 case: EFF” Disponible en: <https://www.eff.org/my/press/mentions/2011/6/20>. Fecha de consulta: 23 de febrero de 2018.
- DIRECON (S.F) “Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP)”. Disponible en: <https://www.direcon.gob.cl/tpp/capitulos-del-acuerdo/> Fecha de consulta: 25 de junio de 2018.

- ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION (EFF) (2013): “Unintended Consequences: Fifteen Years Under the DMCA”. Disponible en: <https://www.eff.org/pages/unintended-consequences-fifteen-years-under-dmca>. Fecha de consulta: 22 de febrero de 2018.
- EXEMPTION TO PROHIBITION ON CIRCUMVENTION OF COPYRIGHT PROTECTION SYSTEM FOR ACCESS CONTROL TECHNOLOGIES (2010): *Federal Register*, Vol. 75, N° 143: pp. 43825-43839. Disponible en: <https://www.copyright.gov/fedreg/2010/75fr43825.pdf>. Fecha de consulta: 22 de octubre de 2020.
- EXEMPTION TO PROHIBITION ON CIRCUMVENTION OF COPYRIGHT PROTECTION SYSTEM FOR ACCESS CONTROL TECHNOLOGIES (2012): *Federal Register*, Vol. 77, N° 208: pp. 65260-65279. Disponible en: <http://copyright.gov/fedreg/2012/77fr65260.pdf>. Fecha de consulta: 22 de octubre de 2020.
- FERNÁNDEZ, J. Carlos (2003): “Protección Tecnológica y Contractual De Las Obras Con Derecho De Autor: Hacia Una Privatización Del Acceso A La Información?” *Ci. Inf., Brasilia*, vol. 32, N° 2: pp. 54-63.
- FRUCHTERMAN, Jim (2013): “Technological Protection Measures and the Blind. Why Circumvention for the purposes of Access is Crucial”. Disponible en: <http://benetech.blogspot.com/2013/06/technological-protection-measures-and.html>. Fecha de consulta: 23 de febrero de 2018.
- GINSBURG, Jane (2007): “The Pros and Cons of Strengthening Intellectual Property Protection: Technological Protection Measures and Section 1201 of the US Copyright Act”. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=960724. Fecha de consulta: 22 de octubre de 2020.
- IWAHASHI, Ryan (2011): “How to Circumvent Technological Protection Measures Without Violating the DMCA: an Examination of Technological Protection measures under Current Legal Standards,” *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 26: pp. 491-526.
- LIPSZYC, Delia (2006): “La Protección Jurídica de las Medidas Tecnológicas –O De Autotutela– en las Legislaciones de los Países Latinoamericanos y de los Estados Unidos De América”. *Revista Jurídica, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, Tomo 1: pp. 73-103.
- LOHMAN, Fred Von (2010): “Unintended Consequences: 12 years under the DMCA”. Disponible en: https://www.eff.org/files/eff-unintended-consequences-12-years_0.pdf. Fecha de consulta: 22 de febrero de 2018.
- MARKS, Dean S. & TURNBULL Bruce H. (1999): “Workshop On Implementation Issues Of The WIPO Copyright Treaty (WCT) And The WIPO Performance And Phonograms Treaty (TOIEF)”. Disponible en: <https://cryptome.org/wipo-imp99-3.htm>. Fecha de consulta: 22 de febrero de 2018.
- MULLIGANT, Deirdre K. & PERZANOWSKI (2007): “The Magnificence of the Disaster: Reconstructing the Sony BMG Rootkit”, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 22: pp. 1157-1232.
- OSSA ROJAS, Claudio Patricio (2011): “Desafíos Jurídicos que plantea la Regulación de las Medidas Técnicas de Protección de los derechos de Autor y los Derechos Conexos”. *Revista de Derecho y Ciencias Penales*. N° 17: pp. 59-87.
- RAMOS GIL DE LA HAZA, Andy (2009): “Medidas tecnológicas de protección e información para la gestión de derechos” *Pe. i Revista de Propiedad Intelectual*, N° 31: pp. 53-138.

- REID, Blake E. (2013): “The Digital Millennium Copyright Act is Even Worse you’re your think”. Disponible en: http://www.slate.com/articles/technology/future_tense/2013/03/dmca_copyright_reform_u_s_law_makes_digital_media_inaccessible.html. Fecha de consulta: 23 de febrero de 2018.
- ROBERTSON, Donald (2012): “Copyright office fails to protect users from DMCA”. Disponible en: <http://www.fsf.org/blogs/licensing/copyright-office-fails-to-protect-users-from-dmca>. Fecha de consulta: 23 de febrero de 2018.
- ROTHCHILD, Jhon (2005): “Economic Analysis of Technological Protection Measures”, *Or. L. Rev.*, N° 84: pp. 489-562.
- SAMUELSON, Pamela (1999): “Intellectual Property and the Digital Economy: Why Anti-Circumvention Regulations Need to be Revised”, *Berkeley Technology Law Journal* Vol. 14, N° 1: pp. 1-47.
- SERENO, Juan Sebastián (2009): “Regulación de las medidas tecnológicas en el derecho comparado. Especial referencia al caso de Estados Unidos, Reino Unido y Australia”, *Revista La Propiedad Inmaterial*, N° 13: pp. 151-198.
- SIMON FRASER UNIVERSITY (2015): “Copyright at SFU: Technological Protection Measures (TPM)- Fact Sheet” Disponible en: <https://www.lib.sfu.ca/help/academic-integrity/copyright/technological-protection-measures>. Fecha de Consulta: 9 de julio de 2018.
- STOLTZ, Mitch (2015): “New ‘Breaking Down Barriers to Innovation Act’ Targets Many of DMCA Section 1201’s Problems”. Disponible en: <https://www.eff.org/es/deeplinks/2015/04/new-breaking-down-barriers-innovation-act-targets-many-dmca-section-1201s-problems>. Fecha de consulta: 28 de febrero de 2018.
- STOUT, Kristian D. (2015): “The Undefeatable Right of Access Control Under §1201 (A) of the Digital Millennium Copyright Act”, *Marquette Intellectual Property Law Review*, Vol. 19, N° 2: pp. 181-219.
- TIAN, YiJun (2005): *Re-thinking Intellectual Property: The Political Economy of Copyright Protection in the Digital Era* (London, Editorial Routledge-Cavendish Research in Intellectual Property).
- UNLOCKING CONSUMER CHOICE AND WIRELESS COMPETITION ACT (2014): Disponible en: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=345627. Fecha de consulta: 5 de agosto de 2020.
- UNLOCKING TECHNOLOGY ACT (2015a); Disponible en: <https://www.govtrack.us/congress/bills/114/hr1587>. Fecha de consulta: 30 de febrero de 2018.
- UNLOCKING TECHNOLOGY ACT (2013). Disponible en: <http://beta.congress.gov/bill/113th-congress/house-bill/1892/text?q=H.R.%201892>. Fecha de consulta: 5 de agosto de 2020.
- WANG, Richard Li-dar (2006): “DMCA Anti-Circumvention Provisions in a Different Light: Perspectives from Transnational Observation of Five Jurisdiction”, *AIPLA Quarterly Journal*, Vol. 34: pp. 1-32.
- WARREN, Matthew (2017): “Server Authentication and its Role in Controlling Access to Copyrighted Works in Software and Video Games”, Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3014660.
- WIPO COPYRIGHT TREATY, Ginebra, 20 de Dic. 1996.
- WIPO PERFORMANCES AND PHONOGRAMS TREATY, Ginebra, Dic. 20, 1996.

NORMAS CITADAS

DECRETO LEGISLATIVO 1076 (27/6/ 2008), Que aprueba la modificación del Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre el Derecho de Autor (Perú).

DECRETO LEGISLATIVO 822 (23/4/ 1996), Ley sobre derecho de autor (Perú).

DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT (12/10/1998). (Estados Unidos).

LEY 29.263 (23/9/ 2008), Modifica el Código Penal y la Ley General del Ambiente (Perú).

LEY 29.157 (28/6/ 2008), Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos (Perú).