

DESAFÍOS JURÍDICOS QUE PLANTEA LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS TÉCNICAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS¹

JURIDICAL CHALLENGES POSED BY COPYRIGHT TECHNICAL PROTECTION MEASURES AND RELATED RIGHTS IN THE DIGITAL ENVIRONMENT

CLAUDIO PATRICIO OSSA ROJAS*
Universidad de Santiago de Chile
Chile

RESUMEN

El presente trabajo aborda los desafíos y oportunidades que surgen para la protección de los derechos de autor y los derechos conexos en el entorno digital. En particular, se tratan las necesidades de equilibrio que requieren la regulación de las medidas técnicas de protección, creadas para el resguardo de las obras y producciones intelectuales y su

¹ La presente es una creación derivada de una obra del mismo autor: OSSA ROJAS, Claudio Patricio, "Medidas técnicas de protección de los derechos de autor y los derechos conexos en el entorno digital", en *AR: Revista de Derecho Informático*, 121, (2008). Disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=10727>. [Consulta: 14 diciembre 2011]; a partir de este trabajo, se desarrollan en el presente artículo las posibilidades de sanción penal a la elusión de las medidas tecnológicas de protección y de las actividades preparatorias. Este artículo no representa la posición oficial del Departamento de Derechos Intelectuales de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos (DDI-DIBAM) ni de ninguna de las organizaciones a las que se encuentra adscrito su autor.

* Abogado. Ha desarrollado labor docente en cátedras relativas a su especialidad, en programas de pre y postgrado, en la Universidad de Santiago de Chile, Universidad de Chile, la Pontificia Universidad Católica de Chile y la Universidad Finis Terrae, Chile. Actualmente es el Jefe del Departamento de Derechos Intelectuales de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos (DDI-DIBAM), correspondiéndole la labor de Abogado Conservador del Registro de Propiedad Intelectual de Chile. Consejero Regional de Cultura por la Región Metropolitana del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes. Presidente (S) de la ONG Asociación de Derecho e Informática de Chile - ADI Chile y Consejero Asesor en Derecho y Nuevas Tecnologías de la Comunidad Alfa-Redi. Dirección postal: Herrera N°360, Santiago, Chile; código postal N° 8350493. Correo electrónico: claudio.ossarojas@mail.com.

** Abreviaturas: ADPIC: Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio; art(s): artículo(s); n^(s): número(s); CPR.: Constitución Política de la República; DMCA.: Digital Millenium Copyright Act; EEUU: Estados Unidos de América; etc.: etcétera; LPI.: Ley de Propiedad Intelectual; MTP o mtp: medidas tecnológicas de protección; OMPI: Organización mundial de la propiedad intelectual; T.L.C.: tratado de libre comercio; T.O.D.A. o TODA: Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor; T.O.I.E.F. o TOIEF: Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas; UE: Unión Europea.

uso por los respectivos titulares, frente a las necesidades de acceso a la información que demandan los ciudadanos en el contexto de la sociedad del conocimiento.

Palabras clave: *derechos de autor, derechos conexos, MTP, TLC.*

ABSTRACT

This paper discusses the challenges and opportunities that arise for the protection of authors' rights and related rights in the digital environment. In particular, the necessary balance required for the regulation of technical protection measures, designed to protect intellectual works, its use by the respective right holders and the required access to information that citizens demands in the context of knowledge society.

Key words: *authors' rights, related (or neighbouring) rights, TPM, FTA.*

I. INTRODUCCIÓN

La naturaleza humana lleva asociada a su instinto de supervivencia la aceptación convencional de determinadas medidas de protección orientadas al resguardo de bienes jurídicos relevantes. Entre estas medidas encontramos que desde el nacimiento de una persona, para la protección del bien jurídico que es la vida, se establecen algunas medidas de protección básicas que se aplican para restringir sus posibilidades de circulación más allá de un determinado perímetro (corral, cuna, puerta que da a escalera, etc.). En otro ámbito, otro ejemplo lo encontramos en relación al bien jurídico de la propiedad cuando ésta se ejerce sobre un inmueble, estableciéndose como medida de protección la instalación de cercos perimetrales, cerraduras u otros artefactos que permiten controlar el acceso de terceros a la respectiva área a proteger. Igual cosa ocurre respecto de los bienes muebles a los cuales protegemos mediante la aplicación de medidas de identificación específicas como el uso de etiquetas, alarmas o dispositivos que frustren su apropiación indebida.

En materia de propiedad intelectual, las cosas no son muy distintas. La naturaleza inmaterial de las producciones intelectuales y las vulnerabilidades que afectaban a los distintos titulares de derechos de autor y derechos conexos, hicieron aconsejable adoptar determinadas medidas técnicas y jurídicas que estaban acordes al estado del arte de aquella época, en que el modelo de distribución de las obras y producciones estaba íntimamente ligado a los soportes contenedores de éstas (esenciales para la operación

del modelo de distribución de ejemplares físicos en el entorno analógico). Sin embargo, al mutar hacia los nuevos modelos de explotación que comenzaron a desarrollarse en el entorno digital, se produjo un desplazamiento progresivo del rol protagónico que tenía el ejemplar físico de las obras o producciones, el cual, pasó paulatinamente a ser ocupado por el archivo digital de las mismas.

En el entorno digital, ante las posibilidades de una extensión ilimitada en las formas de utilización de los contenidos protegidos por derecho de autor y conexos, los titulares de estos derechos tuvieron que considerar la alternativa de recurrir a la utilización de herramientas que la misma tecnología ofrecía, mientras esperaban que se mejorara la normativa jurídica que asegurara el resguardo preventivo de las creaciones protegidas y se desincentivara con ellas la ejecución de conductas que afectaban sus derechos exclusivos. Sin embargo, las necesidades de regular la aplicación de tales medidas de protección tecnológicas en forma equilibrada, ha dejado en evidencia que cada país, antes de regularlas, como un objeto jurídico digno de protección específica, debe considerar los debidos contrapesos que tendrá que establecer de modo de asegurar que tales herramientas no se conviertan en vallas que impidan garantizar de manera efectiva otros derechos fundamentales de los ciudadanos.

En este escenario, los ciudadanos tienen actualmente un mayor acceso a las tecnologías de la información y las telecomunicaciones, pudiendo elegir entre una serie de alternativas de equipamiento y programas de ordenador que les permiten convertirse en operadores directos de los más eficientes medios de clonación de obras intelectuales, prestaciones artísticas, fonogramas y emisiones de organismos de radiodifusión. Adicionalmente, las mayores ofertas de conectividad a alta velocidad, a las que puede accederse ya sea mediante modelos de pago o por puntos de acceso gratuito a Internet, aportan su respectivo grano de arena para que quien quiera participar del trueque masivo de archivos digitales, pueda hacerlo.

Ante la realidad de este acceso y operación de la sociedad en red, los países requieren encontrar fórmulas normativas que permitan facilitar un equilibrio entre el acceso responsable a los medios tecnológicos disponibles y las posibilidades de retribuir por el uso que se haga de las obras y producciones intelectuales a los respectivos titulares de derechos de autor y derechos conexos.

En las próximas líneas intentaremos presentar algunas de las posiciones que se han expuesto hasta ahora en relación a este tema, las soluciones normativas que se han adoptado en derecho comparado y si ellas han considerado mecanismos que permitan una constante actualización de éstas, para prevenir su obsolescencia y ofrecer así regulaciones neutralmente equilibradas que satisfagan los distintos intereses involucrados (creadores, titulares de derechos de autor y derechos conexos, industrias creativas e interés público).

II. LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN

1. Concepto

En un sentido amplio, las Medidas Tecnológicas de Protección en lo esencial se refieren a cualquier técnica, dispositivo o componente que, utilizados en relación con objetos protegidos por el derecho de autor o por los derechos conexos, tienen como función normal promover el uso autorizado de tales objetos. Su operación habitual, se orienta a impedir o restringir determinados actos de utilización que no cuenten con la debida autorización de los titulares de los mencionados derechos.

En un sentido más específico en el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos señala cuándo se considera que las MTP son efectivas, esto es, debe tratarse de cualquier tecnología, dispositivo o componente que, en el curso normal de su operación, controle el acceso a una obra, interpretación o ejecución, fonograma, u otro material protegido, o proteja un derecho de autor u otros derechos conexos y que no pueden, de manera usual, ser eludidos accidentalmente².

Finalmente, en un sentido más restringido se las ha conceptualizado como sistemas informáticos cuya función es controlar y, en caso que sea necesario, impedir o restringir el uso en Internet de obras intelectuales protegidas por derechos de propiedad intelectual³.

2. Descripción de funciones y tipos comúnmente utilizados

Una clasificación de carácter general⁴ que se puede aplicar, atendida la función que cumplen estas medidas, nos permite distinguir entre:

a) MTP de control de acceso a los objetos protegidos por los derechos de autor y los derechos conexos

Esta primera categoría de MTP se utiliza para evitar que personas no autorizadas accedan a los objetos protegidos. Es el equivalente a una cerradura o reja virtual protectora. Existe diversidad de métodos que se pueden utilizar para identificar a una persona para poder saber si está autorizada para tener un privilegio de acceso. Dentro de esta categoría de MTP, se reconocen como los dos tipos más comunes de ellas a: i) Las contraseñas; y ii) La criptografía.

² Ver artículo 17.7.5 literal f) Tratado de Libre Comercio entre Chile y los Estados Unidos.

³ FERNÁNDEZ DELPECH, Horacio. "Medidas tecnológicas de protección de la propiedad Intelectual en internet - los actos elusivos - la protección jurídica contra la elusión". Disponible en: <http://www.hfernandezdelpech.com.ar/MEDIDAS%20TECNOLOG.DE%20PROTECCION-MERCOSUR.pdf>. [Consulta: 14 diciembre 2011].

⁴ La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual se remite a esta clasificación en la sección de preguntas frecuentes. Disponible en: <http://www.wipo.int/enforcement/es/faq/technological/faq03.html>. [Consulta: 14 diciembre 2011].

b) MTP que controlan el uso de tales objetos una vez que se acceda a éstos

Esta segunda categoría de MTP permite que un titular de derechos de autor o de derechos conexos pueda controlar el uso sucesivo de sus obras, prestaciones, fonogramas o emisiones, incluso una vez que se ha obtenido el acceso a dicho material. Esta tecnología no sólo protege contra el simple copiado (derecho de reproducción), pues también sirve para controlar actos que infrinjan otros derechos exclusivos, esto es, se puede aplicar para prevenir flujos no autorizados de audio y video vía streaming por Internet (derechos de puesta a disposición o de comunicación pública).

III. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS MTP

El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (T.O.D.A.) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (T.O.I.E.F.), conocidos ambos como los tratados Internet de la OMPI de diciembre de 1996, constituyeron el punto de partida para el establecimiento de normativas innovadoras en materia de protección de los derechos de autor y conexos, tales como las que pueden observarse posteriormente en los EEUU con la Digital Millenium Copyright Act (D.M.C.A.) de Octubre de 1998 y las Directivas de la Unión Europea sobre derecho de autor en la sociedad de la información (Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001) y la relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004). Todas estas normativas, claramente consideraron otorgar un reconocimiento como objeto de protección legal a las MTP y la posibilidad de recurrir luego al uso de sanciones para quienes las eludan, buscando con ello garantizar una vía de solución para la necesaria supervivencia de la protección de los derechos de los autores y de los titulares de derechos conexos en el entorno digital.

En materia de MTP existen cuatro instrumentos internacionales que resultan fundamentales a la hora de intentar regular específicamente la protección de estas medidas en Chile. Ellos son los dos Tratados Internet de la OMPI (TODA⁵ y TOIEF⁶), el Acuerdo por el que se establece una asociación entre la República de Chile, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por la otra⁷ y el Tratado de Libre Comercio entre Chile – EE.UU. (TLC)⁸. En base a las disposiciones contenidas en ellos, se deberá definir cuál rama de nuestro Derecho resulta naturalmente más coherente modificar (por ejemplo Derecho Civil, Derecho Penal, etc.) o si es preferible abocarse directamente a la normativa contenida en diversas leyes especiales (por ejemplo la de propiedad intelectual, la que tipifica figuras penales relativas a la informática

⁵ Publicado en el Diario Oficial del 07/03/2003.

⁶ Publicado en el Diario Oficial del 22/08/2003.

⁷ Publicado en el Diario Oficial del 01/02/2003.

⁸ Publicado en el Diario Oficial del 31/12/2003.

o la general de telecomunicaciones).

1. Los Tratados Internet de la OMPI

La primera normativa jurídica de orden internacional, con vigencia en nuestro país, que se ocupó del tema del resguardo de las MTP fueron los denominados Tratados Internet de la OMPI, a saber: el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF)

Así, el artículo 11 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) dispone en relación con las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas que: *“Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley”*.

Encontramos una disposición similar en el artículo 18 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF) que dispone en relación con las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas que: *“Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por artistas intérpretes o ejecutantes o productores de fonogramas en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado y que, respecto de sus interpretaciones o ejecuciones o fonogramas, restrinjan actos que no estén autorizados por los artistas intérpretes o ejecutantes o los productores de fonogramas concernidos o permitidos por la Ley”*.

Ninguna de las normas citadas indica, en modo alguno, cómo deberá organizarse esta protección en la legislación interna de cada Estado, cómo se deberán articular los elementos que la configuran, ni cuáles son los actos específicos que deben prohibirse, dando a los Estados libertad absoluta para determinar estos tópicos. Sin embargo, esta flexibilidad trae como contrapartida que existirá una falta de armonía entre las disposiciones nacionales que se irán generando para el cumplimiento de los tratados, situación que se potenciará según el diferente nivel de desarrollo que en materia tecnológica presenten los Estados firmantes y las diferencias aun subsistentes entre el sistema del copyright y el del derecho de autor que no permiten en la práctica alcanzar tal armonización con facilidad ni menos exigir una uniformidad absoluta.

A modo de síntesis se puede señalar que del análisis del tenor literal de las normas del art. 11 del TODA y del art. 18 de TOIEF éstas presentan las siguientes características:

- i) objeto de protección, esto es, qué es lo que se desea proteger al resguardar las MTP puede desglosarse en:
 - un objeto mediato: las MTP se establecen para salvaguardar, en definitiva, los derechos de autor y los derechos conexos

- un objeto inmediato: no es otro que dichas medidas, consideradas en su propia funcionalidad, de restringir “actos que no estén autorizados” por los titulares del correspondiente derecho relativo a la obra, interpretación o ejecución, o fonograma de que se trate, o que no estén “permitidos por la Ley” en virtud de una excepción o limitación⁹.
- ii) presupuestos de protección:
 - se excluyen de tutela aquellas MTP que no puedan calificarse como “efectivas”
 - las MTP deben ser utilizadas por los titulares de derechos de autor o de derechos conexos
 - las MTP deben estar asociadas al ejercicio de los derechos de autor o los derechos conexos
- iii) Actos prohibidos: la acción de eludir las MTP efectivas.
- iv) determinación del tipo de responsabilidad en que incurre el sujeto activo que ejecute la elusión: se deja a la libre determinación del legislador de cada Estado miembro el poder concretar el tipo de responsabilidad (civil o penal).

En definitiva, los denominados Tratados Internet de la OMPI (TODA + TOIEF) no obligan a las partes contratantes a reconocer un “derecho subjetivo”, en cabeza del titular del derecho de autor (o, en su caso, de los titulares de derechos conexos), a instalar o hacer instalar dispositivos de autotutela para impedir infracciones a sus derechos, sino a que las leyes proporcionen acciones y recursos efectivos contra los actos de “eludir” esos mecanismos¹⁰.

2. Acuerdo por el que se Establece una Asociación entre la República de Chile, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por otra

Por las disposiciones que contiene este Acuerdo podría afirmarse que no hay una mención expresa en materia de propiedad intelectual relacionadas con las MTP, sin embargo, al revisar los compromisos que en virtud de éste se han asumido, éstos hacen clara mención a que las Partes concederán y garantizarán una protección adecuada y

⁹ En este sentido, un análisis en profundidad se puede revisar en DELGADO PORRAS, Antonio, “Las medidas tecnológicas para la protección del derecho de autor y de los derechos conexos y la protección de la información sobre gestión de derechos en el WCT/TODA y en el WPPT/TOIEF. Su implementación, una perspectiva de futuro en América Latina”, en *La Propiedad Intelectual: Un Canal para el Desarrollo Panamá 2002 – IV Congreso Iberoamericano sobre derecho de autor y derechos conexos*, Panamá, Ed OMPI-Ministerio de Educación de la República de Panamá, 2004, I, pp. 371 y ss.

¹⁰ En este sentido, se pronuncia ANTEQUERA H., Ricardo Enrique, “El derecho patrimonial del autor (con particular referencia al entorno digital)” en *AR: Revista de Derecho Informático*, 72, (2004). Disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1081>. [Consulta: 14 diciembre 2011].

efectiva de los derechos de propiedad intelectual, acordes con las más elevadas normas internacionales, incluidos los medios efectivos de puesta en vigor de tales derechos previstos en los tratados internacionales. (art. 55 literal g) y art. 168). Dichos estándares de protección, claramente se señala que están vinculados a dos tipos de acción, por una parte seguir asegurando una ejecución adecuada y efectiva de las obligaciones derivadas de determinados convenios internacionales y, por otra, asegurar una ejecución adecuada y efectiva de las obligaciones derivadas de determinados convenios multilaterales que deberán ser cumplidos, según plazos diferenciados, que establece el texto del acuerdo (art. 170). Dentro de estos últimos, claramente se menciona a los Tratados Internet de la OMPI.

3. Tratado de Libre Comercio Chile – EE.UU. (T.L.C.)

En el texto del TLC entre Chile-EEUU se dedicó un capítulo completo al tratamiento minucioso de diversas aristas relacionadas con la protección de los derechos de propiedad intelectual (Capítulo 17), dejándose claramente establecido desde el comienzo del texto, por medio de una nota aclaratoria que complementa e integra sus disposiciones generales, que dicha “protección” comprenderá los aspectos relativos a la existencia, adquisición, alcance, mantenimiento y observancia de los derechos de propiedad intelectual, así como los aspectos relativos al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual cubiertos específicamente en este Capítulo. Además, precisa que la “protección” también incluirá la prohibición de elusión de las medidas tecnológicas efectivas, de conformidad con el artículo 17.7 (5), y a las disposiciones referentes a la información sobre la gestión de los derechos, de conformidad con el artículo 17.7 (6).

El artículo 17.7 del TLC, que establece las obligaciones comunes al derecho de autor y derechos conexos, contempla en su numeral 5 una serie de medidas que las partes se comprometen a adoptar a *“fin de otorgar protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores, artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas en relación con el ejercicio de sus derechos y que respecto de sus obras, interpretaciones o ejecuciones y fonogramas, restrinjan actos no autorizados, protegidos por los derechos de autor y derechos conexos”*.

Así enumera las siguientes:

(a) cada Parte dispondrá que cualquier persona que, sin la autorización del titular del derecho o de la ley de conformidad con este Tratado, y a sabiendas, elude sin autorización cualquier medida tecnológica efectiva que controla el acceso a una obra, interpretación o ejecución, o fonograma protegidos, será responsable civilmente y, en circunstancias apropiadas, será objeto de responsabilidad penal, o dicha conducta podrá ser considerada una agravante de otro delito. Ninguna Parte está obligada a imponer responsabilidad civil o penal a una persona que eluda medidas tecnológicas que protejan

los derechos exclusivos del derecho de autor o derechos conexos en una obra protegida, pero no controlan el acceso a la obra;

(b) cada Parte dispondrá también de medidas administrativas o civiles y, cuando la conducta es maliciosa y con propósitos comerciales prohibidos, medidas penales con respecto a la fabricación, importación, distribución, venta o arriendo de dispositivos, productos o componentes o el suministro de servicios que:

- (i) sean promocionados, publicitados o comercializados con el propósito de eludir cualquier medida tecnológica efectiva;
- (ii) no tengan un propósito o uso comercialmente significativo distinto que el de eludir cualquier medida tecnológica efectiva; o
- (iii) han sido principalmente diseñados, producidos, adaptados, o ejecutados con el fin de permitir o facilitar la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva¹¹.

Sin perjuicio de lo anterior, el texto del TLC entre Chile-EEUU establece a continuación una serie de hipótesis que vienen a actuar como verdaderas atenuantes frente a determinados actos que de lo contrario debieran considerarse elusiones, llegándose a establecer ciertos casos en que dichas conductas pueden resultar eximidas de responsabilidad tanto penal como civil, pero todo ello queda condicionado a que el sujeto activo de la conducta las haya efectuado de buena fe y por desconocimiento de la prohibición relacionada con dicha acción. Como contrapartida, quienes se sientan afectados por tales actos podrán probar que se ha actuado con conocimiento, señalándose al efecto que ello se puede efectuar “mediante pruebas razonables tomando en consideración los hechos y las circunstancias que rodeen la supuesta infracción”. En tal sentido se establece que “Cada Parte garantizará que se tomen debidamente en cuenta, entre otros, los propósitos educacionales o científicos de la conducta del acusado al aplicar medidas penales de conformidad con las disposiciones que implementan este subpárrafo. Una Parte podrá eximir de responsabilidad penal a los actos prohibidos de conformidad con este subpárrafo, que sean realizados en relación con bibliotecas, archivos e instituciones educacionales, sin fines de lucro. Si dichos actos fueron llevados a cabo de buena fe, sin conocimiento de que la conducta estaba prohibida, además podrán eximirse de responsabilidad civil”;

A continuación, en el literal siguiente establece una clara restricción a las partes en relación a las disposiciones precedentes al decir: “(c) cada Parte garantizará que ninguna disposición de los subpárrafos (a) y (b), afectará los derechos, sanciones, limitaciones o

¹¹ Cabe señalar que una disposición muy similar se contempla en el texto del art. 15.5.7 del TLC entre EEUU Centroamérica y República Dominicana.

defensas respecto de infracciones al derecho de autor o derechos conexos”;

Luego en los literales (d) y (e) la norma establece una obligación de limitar las restricciones y excepciones a las medidas que se implementen en virtud de los subpárrafos (a) y (b) y una facultad en cuanto a la forma en que las partes pueden llegar a aplicar las excepciones y limitaciones que establezcan en virtud del subpárrafo (d) señalando que:

“(d) cada Parte deberá limitar las restricciones y excepciones a las medidas que implementen los subpárrafos (a) y (b) a ciertos casos especiales que no menoscaben la adecuada protección legal ni la eficacia de los recursos legales destinados a impedir la elusión de medidas tecnológicas efectivas. En particular, cada Parte podrá establecer excepciones o limitaciones para abordar las siguientes situaciones y actividades de acuerdo con el subpárrafo (e):

- (i) cuando se demuestre o reconozca en un procedimiento legislativo o administrativo establecido por ley, que se produce un impacto adverso, real o probable, sobre usos no infractores de una determinada clase de obras, interpretaciones o ejecuciones o fonogramas o sobre excepciones o limitaciones al derecho de autor o derechos conexos respecto de una clase de usuarios, a condición de que cualquier limitación o excepción adoptada en virtud de este subpárrafo (d)(i) tenga efecto durante un período no superior a tres años contados a partir de la fecha de la conclusión de tal procedimiento;
- (ii) las actividades no infractoras de ingeniería inversa respecto a una copia obtenida legalmente de un programa de computación, realizada de buena fe en lo referente a elementos específicos de ese programa de computación, que no estén fácilmente disponibles para esa persona, con el único propósito de lograr la compatibilidad operativa de un programa de computación creado independientemente con otros programas;
- (iii) las actividades no infractoras y de buena fe, realizadas por un investigador, que haya obtenido legalmente una copia, interpretación o ejecución o presentación de una obra, y que haya hecho un intento razonable para obtener autorización para esas actividades, en la medida que sean necesarias con el único propósito de identificar y analizar fallas y vulnerabilidades de tecnologías de codificación o encriptación;
- (iv) la inclusión de un componente o una pieza con el único fin de impedir que los menores de edad tengan acceso en línea a un contenido inadecuado en una tecnología, producto, servicio o dispositivo que en sí mismo no viole las medidas que implementen los subpárrafos (a) y (b);

- (v) las actividades no infractoras y de buena fe, autorizadas por el propietario de un computador, sistema de computación o red de computadores con el único propósito de probar, investigar o corregir la seguridad de ese computador, sistema de computación o red de computadores;
 - (vi) actividades no infractoras con el único fin de identificar e inhabilitar una función capaz de recolectar o diseminar en forma encubierta, información de identificación personal que refleje las actividades en línea de una persona natural, de manera tal que no tenga ningún otro efecto sobre la posibilidad de cualquier persona de tener acceso a alguna obra;
 - (vii) actividades legalmente autorizadas que llevadas a cabo por empleados, funcionarios o contratistas de gobierno con el fin de aplicar la ley, realizar actividades de inteligencia o actividades similares de gobierno; y
 - (viii) el acceso por parte de bibliotecas sin fines de lucro, archivos o instituciones educativas a una obra, interpretación o ejecución o fonograma a la cual no tendrían acceso de otro modo, con el único fin de tomar decisiones sobre adquisiciones;
- (e) cada Parte podrá aplicar las excepciones y limitaciones para las situaciones y actividades establecidas en el subpárrafo (d) de la siguiente manera:
- (i) cualquier medida destinada a implementar el subpárrafo (a) podrá ser objeto de las excepciones y limitaciones, con respecto a cada situación y actividad establecidas en el subpárrafo (d);
 - (ii) cualquier medida destinada a implementar el subpárrafo (b) en cuanto se aplique a las medidas tecnológicas efectivas que controlan el acceso a una obra, interpretación o ejecución o fonograma, podrán ser objeto de las excepciones y limitaciones, con respecto a las actividades establecidas en los subpárrafos (d) (ii), (iii), (iv), (v) y (vii);
 - (iii) cualquier medida destinada a implementar el subpárrafo (b) en cuanto se aplique a las medidas tecnológicas efectivas que protegen los derechos de autor y derechos conexos, podrá ser objeto de las excepciones y limitaciones, con respecto a las actividades establecidas en el subpárrafo (d) (ii) y (vii);

Las disposiciones transcritas no vienen a ser más que el reflejo de varias de las disposiciones contenidas en la DMCA que buscaron resolver la relación entre la protección de las MTP y las excepciones y limitaciones a los derechos establecidos por el sistema de copyright.

De acuerdo a este esquema y siguiendo a Delgado, se pueden distinguir distintos grupos de excepciones que provienen de la mencionada DMCA:

- a) excepciones a los sistemas tecnológicos de acceso a las obras (a favor de las bibliotecas, archivos e instituciones de educación sin fines lucrativos y de las autoridades de policía; en consideración a la práctica de una verificación de seguridad de un sistema informático efectuado con la autorización del propietario de éste; en relación con la descompilación de un programa de ordenador efectuada por el usuario legítimo y a efectos de asegurar su interoperabilidad; para promoción de la investigación en materia de criptografía y para protección de los menores y de los datos de carácter personal
- b) excepciones a la protección de las MTP protectoras de los derechos de autor (a favor del beneficiario de un acto de fair use y de las autoridades y servicios de policía en cuanto a la fabricación de dispositivos prohibidos por la protección) y
- c) excepciones a los derechos de autor tomadas en consideración por la suspensión establecida para la protección de los sistemas técnicos de control de acceso a las obras, en lo que se refiere a la neutralización de dicho control¹².

Finalmente, como ya vimos, el art. 17.7.5 literal (f) del TLC entre Chile-EEUU establece qué debe entenderse por medida tecnológica efectiva, esto es, ello “significa cualquier tecnología, dispositivo o componente que, en el curso normal de su operación, controle el acceso a una obra, interpretación o ejecución, fonograma, u otro material protegido, o proteja un derecho de autor u otros derechos conexos y que no pueden, de manera usual, ser eludidos accidentalmente”.

IV. ELUSIÓN DE LAS MTP Y ACTIVIDADES PREPARATORIAS

A diferencia de lo que ocurre con el TODA y el TOIEF, que parecen referirse sólo al acto mismo de la elusión de MTP, el TLC con EE.UU insta a las partes a castigar tanto el acto de la elusión de las MTP como las denominadas actividades preparatorias, esto es, la fabricación, importación, distribución, venta o arriendo de dispositivos, productos o componentes o el suministro de servicios que sean promocionados, publicitados o comercializados con el propósito de eludir cualquier medida tecnológica efectiva; o que no tengan un propósito o uso comercialmente significativo distinto que el de eludir cualquier medida tecnológica efectiva; o que han sido principalmente diseñados, producidos, adaptados, o ejecutados con el fin de permitir o facilitar la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva. Con ello, el TLC con EEUU pareciera obligar

¹² DELGADO PORRAS, Antonio, *op. cit.*, pp. 385 y ss.

a nuestro país a adoptar en su legislación un estatuto de doble incriminación respecto de la elusión de MTP, esto es, establecer un régimen de sanción que por un lado se aplique respecto de las personas que efectúan, a sabiendas, el acto mismo de la elusión de la medida tecnológica y por el otro, castigar la comercialización de los dispositivos o de servicios que pueden permitir o facilitar dicha elusión,¹³ además de la normativa sancionatoria de vulneraciones a la propiedad intelectual.

1. Elusión

Respecto del acto mismo de elusión de las MTP, como ya viéramos anteriormente en el literal (a) del numeral 5 del artículo 17.7 del TLC, obliga a las partes a establecer sanciones, civiles o criminales, para quienes, realizan dicho acto. Sin embargo, este acto de elusión, debe cumplir con determinados requisitos para ser objeto de las sanciones antes mencionadas, a saber:

a) Que el acto de elusión se efectúe sin autorización del titular del derecho o de la ley en conformidad con el Tratado

Lo que importa que este acto de elusión podría ser justificado en razón de las excepciones que el propio TLC con EEUU establece en el mismo numeral 5 del artículo 17.7 a las que ya nos hemos referido anteriormente. En principio, y sólo bajo la óptica del TLC, podría concluirse que estas excepciones se aplican exclusivamente respecto de la elusión de MTP que controlan el acceso a las obras, fonogramas, interpretación o ejecución protegido pues, de acuerdo a dicho tratado, interpretando en forma sistemática la norma respectiva, aquellas otras que pueden resultar impuestas por las partes para resguardar los derechos protegidos son reguladas precedentemente en el mismo art. 17.7.3 cuyo texto señala que “Cada Parte circunscribirá las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra, interpretación o ejecución o del fonograma ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos”. Siendo complementado ello por la nota al pie que figura en relación a este artículo que indica: “El artículo 17.7 (3) permite que las Partes apliquen y amplíen debidamente al entorno digital las limitaciones y excepciones plasmadas en su legislación interna, tal

¹³ El uso de dispositivos tecnológicos cuya principal función era lograr eludir una determinada medida de control previamente establecida para resguardar un bien jurídico superior, no es algo nuevo en nuestro país. Un claro ejemplo de ello fueron los denominados “detectores de radar” que eran importados al país, luego puestos a la venta al público en locales comerciales especializados en servicios automotrices y que incluso se ofrecían servicios de instalación, para que tales dispositivos pudieran funcionar adecuadamente, todo ello con la única finalidad de poder evadir los controles policiales aplicados para medir el nivel de velocidad a la que circulaban los automóviles. Clara mención a este uso se hace por Santiago Larraguibel Zavala, al señalar que “*Un detector de radar y un detector de rayos láser, mejorados a lo ya conocido, para eludir el control policial a los vehículos serían abiertamente contrarios al orden público que regula la conducta de las personas dentro de la sociedad*”. LARRAGUIBEL ZAVALA, Santiago, *Tratado sobre la Propiedad industrial*, Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur, 1998, II, p. 140.

como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno digital. Para las obras que no sean programas computacionales, y otras materias protegidas, dichas limitaciones y excepciones podrán incluir reproducciones temporales que sean transitorias o accesorias y que forman parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad es permitir: (a) la transmisión lícita en una red entre terceros por parte de un intermediario; o (b) un uso lícito de una obra u otra materia protegida y que no tenga por sí misma una significación económica independiente.

El artículo 17.7 (3) no amplía ni reduce el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna, el *Tratado sobre Derechos de Autor de la OMPI* (1996) y el *Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas de la OMPI* (1996)".

De otro lado, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 11 del TODA que sostiene que la legislación interna del país debe brindar adecuada protección jurídica contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del TODA o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley, podría sostenerse que la legislación chilena igualmente deberá sancionar la elusión de las MTP que controlen la utilización de la obra, como se verá más adelante por lo que las excepciones antes mencionadas debiesen igualmente controlarse en cuanto a su ejercicio por su naturaleza esencialmente de aplicación extraordinaria y por tener que respetar siempre la denominada "regla de los 3 pasos" que consagra el Convenio de Berna¹⁴.

Adicionalmente, debe tenerse presente que tratándose de excepciones, su aplicación debe ser restringida sólo a aquello para lo cual fueron acordadas, no resultando posible emplear la regla de la analogía a ellas por ser de derecho estricto. Además, a este respecto debe tomarse en cuenta que al ser excepciones a una protección que se brinda a los titulares de derecho de autor o derechos conexos, deberá siempre optarse por aquello que sea más favorable a la protección de dichos derechos.

b) Que el acto de elusión se efectúe a sabiendas, esto es, se exige un conocimiento real y absoluto de que la acción que se está perpetrando, es antijurídica

Que el acto de elusión se efectúe, según el TLC con EEUU, sobre una MTP de aquellas

¹⁴ Se refiere a restringir las excepciones o limitaciones al derecho de autor a las estrictamente permitidas por una regla que se compone de tres pasos, esto son: que se establezcan sólo en determinados casos especiales, que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Se consagró en el Convenio de Berna para el derecho de reproducción (art. 9, numeral 2) y luego resulta extendida en el Acuerdo de los ADPIC a todos los derechos (art. 13) y reforzada en los Tratados Internet de OMPI (art. 10 del TODA y art. 16 del TOIEF).

que controlan el acceso a la obra, o si la MTP es de aquellas que buscan impedir la utilización no autorizada de la obra, deberá atenderse a que ella no afecte los parámetros considerados en el propio TLC pero, adicionalmente, éste debe remitirse a sus disposiciones generales de protección que consideran a otros instrumentos internacionales de los que ambos países son parte y, por tanto, se encuentran obligados a respetar sus normas (Convenio de Berna y ADPIC entre otros). Lo que hace de este punto uno de los más relevantes por resolver, pues es aquí donde se trata de solucionar la permanente colisión eventual de los dos regímenes principales de protección conocidos, evidentemente distintos, que son el del copyright, vinculado al derecho anglosajón, y el del derecho de autor, vinculado a las tradiciones del derecho continental. Esto se demuestra con que en el sistema de protección de los EEUU, existen tres grandes excepciones que no constituyen infracción contra los derechos de los titulares del copyright. La primera de ellas es la denominada el uso “de minimis”, en que atendiendo a que la extensión del fragmento o porción de la obra que resulta utilizado es tan pequeño, este resulta irrelevante; el segundo es que la obra utilizada no debiera haber sido objeto de copyright por no tratarse de una obra original y la tercera, y más amplia como excepción, es la del “uso justo” o fair use. Esta última opción del “uso justo” se limita entonces a un uso que se hace de una obra o producción, que es objeto de copyright, para propósitos de crítica, comentario, reportajes periodísticos, enseñanza, investigación o parodia, no constituyendo éste un uso infractor de la ley, por lo tanto no puede ser calificado como una actividad ilícita¹⁵.

En definitiva, si bien puede afirmarse que tanto la legislación de los EEUU como una eventual adecuación de nuestra legislación permitirían proteger las MTP que busquen impedir la utilización no autorizada de los objetos protegidos y no sólo aquellas que controlan el acceso a la misma, ello no constituye una obligación sino que más bien una opción que cada Estado podrá ejercer de acuerdo con el texto del art. 17.7.5 a) del texto del TLC entre ambos países, el que en concreto sólo obliga a la penalización de las MTP que protegen el acceso y no aquellas relativas a la utilización. Además, el art. 11 del TODA y el art. 18 del TOIEF dicen que los países deben tender a proteger elusión de MTP utilizadas por autores para proteger sus derechos, no hay un mandato, como sí lo tiene el TLC, en cuanto a penalizar MTPs específicas, por lo que penalizando la elusión de aquellas que controlan el acceso, me parece que se cumple con TODA, TOIEF y el TLC.

¹⁵ Al respecto se debe señalar que a diferencia de la regla de los 3 pasos que considera el derecho de autor, en el sistema del copyright se atiende a 4 elementos que sirven de elementos de determinación del uso justo, esto es, existen cuatro factores que se usan para determinar cuáles son las actividades que constituyen un uso ilícito y cuáles un “uso justo”, ellos son:

- 1) el propósito y el carácter del uso;
- 2) la naturaleza de la obra protegida,
- 3) el monto y lo sustancial de la porción utilizada; y
- 4) el efecto del uso desde el punto de vista del efecto sobre el mercado respectivo.

c) Que el acto de elusión recaiga sobre una medida de protección tecnológica “efectiva”

La pregunta que surge naturalmente es: ¿qué debemos entender por MTP efectiva? A este respecto ya vimos que el propio TLC en el literal (f) del numeral 5 del artículo 17.7 define MTP efectiva como “cualquier tecnología, dispositivo o componente que, en el curso normal de su operación, controle el acceso a una obra, interpretación o ejecución, fonograma, u otro material protegido, o proteja un derecho de autor u otros derechos conexos y que no pueden, de manera usual, ser eludidos accidentalmente”. Adicionalmente, resulta relevante considerar a estos efectos lo que señala en el entorno europeo la Directiva 2001/29/CE 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 que señala en el numeral 3 de su artículo 6 que “se entenderá por “medidas tecnológicas” toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos afines a los derechos de autor establecidos por ley o el derecho sui generis previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE”. Y precisa a continuación que tales medidas tecnológicas se considerarán “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, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control del copiado, que logre este objetivo de protección”.

En consideración a las evidentes diferencias que emanan de estas definiciones, se presenta la duda respecto de cuan explícita habrá de ser la función de proteger, atribuida a la medida y cuan eficaz debe ser ella a la hora de brindar la protección esperada. Así, respecto de lo explícito de la función protectora, en mi concepto debe entenderse que se cumple con tal exigencia toda vez que quede claro, para cualquier persona promedio, que con su accionar de buena fe no puede llegar a burlar con facilidad tal MTP. Ello se confirmaría al revisar las exigencias que establece el TLC con EEUU para que se castigue civil o penalmente un acto de elusión, esto es, que éste se realice a sabiendas. De otro lado, en cuanto a la eficacia exigida por el TLC y por los Tratados Internet, podría estimarse que dicha eficacia importa que los medios de elusión deban tener similar grado de sofisticación al de la MTP que se intenta eludir. Sin embargo, al analizar el literal (f) del numeral 5 del artículo 17.7 del TLC puede llegarse a una conclusión diferente, a saber, es eficaz aquel dispositivo que no puede, de manera usual, ser eludido accidentalmente, esto es, se requiere de una acción positiva del usuario que es inusual en los consumidores promedio de los objetos protegidos y que dicho usuario deberá aplicar para poder concretar la elusión sin exigirse que ella sea de alta complejidad¹⁶.

¹⁶ En este sentido podrá recordarse el caso de la MTP impulsada por Sony Music denominada Key2Audio, establecida para impedir que en los ordenadores se pudieran efectuar copias no autorizadas de los fonogramas contenidos en discos compactos (CD). Esta tecnología fue vulnerada por medio del uso de procedimientos bastante

Por tanto, la eficacia de la MTP podrá ser determinada según si su funcionalidad de resguardo resulta ser apta frente a un usuario promedio y que, atendido su uso corriente, no pueda resultar vulnerada por éste en forma accidental de acuerdo con el estado actual de la técnica.

Dados todos los supuestos antes mencionados, la sanción que puede estimarse que debiera aplicarse como base al acto de elusión sería siempre de orden civil, a no ser que “circunstancias apropiadas” determinen que deberá imponerse una sanción penal o considerarse como una agravante de otro delito¹⁷.

2. Actividades preparatorias

En cuanto a las actividades preparatorias del acto de elusión, regulada por el literal (b) del numeral 5 del artículo 17.7 del TLC cabe efectuar las siguientes observaciones:

- i) la sanción que puede estimarse aplicable como base al acto, es la imposición de medidas administrativas o civiles
- ii) cuando la conducta se ejecute con dolo (malicia) y con propósitos comerciales prohibidos deberán establecerse medidas penales
- iii) al no realizar la norma distinción alguna respecto de qué tipo de MTP se protege, las conductas reprochables no es el acto directo de la elusión sino que la fabricación, importación, distribución, venta o arriendo de dispositivos, productos o componentes o el suministro de servicios que se promocionan, publicitan o comercializan con el fin de eludir cualquier medida tecnológica efectiva; o bien que su propósito o uso comercial sea, principalmente, el de eludir cualquier medida tecnológica efectiva; o que hayan sido diseñados, producidos, adaptados, o ejecutados con el fin de permitir o facilitar la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva. Es decir, en principio debiese sancionarse por nuestra legislación, los productos o servicios cuando hayan sido concebidos o fabricados con el fin de eludir una medida tecnológica, ya sea un control de acceso o la protección de un derecho de utilización de la obra, cuando no tengan una finalidad comercial principal distinta de la elusión o cuando hayan sido comercializados básicamente para la elusión.

La sanción para quienes producen y ponen a disposición del público productos o

rudimentarios por los usuarios, cuando éstos descubrieron que pintando con un lápiz rotulador o cubriendo con cinta adhesiva opaca partes específicas del CD, donde se encontraban las denominadas “pistas falsas”, ello era suficiente para “desbloquear” la medida de protección anti copia. Más detalles pueden revisarse en el reportaje “Un remedio casero anula el sistema anticopia de Sony Music” publicado en el Diario EL País de fecha 22/05/2002, disponible en http://www.elpais.com/articulo/cultura/remedio/casero/anula/sistema/anticopia/Sony/Music/elpepucul/20020522elpepucul_1/Tes, [Consulta: 14 diciembre 2011].

¹⁷ Dichas circunstancias se señalan en la letra a del artículo 17.7.5 del TLC entre Chile y EEUU.

servicios cuyo principal objeto es la elusión de MTP pareciera fundarse en que una difusión a gran escala de este tipo de mecanismos supondrá un perjuicio mayor para los titulares de derechos que los actos de elusión aislados.

V. POSIBILIDADES DE LA SANCIÓN PENAL DE LA ELUSIÓN DE LAS MTP Y DE LAS ACTIVIDADES PREPARATORIAS

Desde la perspectiva penal, el artículo 17.7.5 a) del TLC entre Chile y EEUU tratándose de elusión de MTP que controlan el acceso a una obra, interpretación o ejecución, o fonograma protegidos y que se realice a sabiendas, da la opción de sancionarla mediante un tipo penal específico o bien considerándola como agravante de otro delito, por lo que la determinación del tipo de sanción a aplicar es de resorte exclusivo del legislador nacional. A este respecto, es posible observar en el derecho comparado que cuando los legisladores han optado por regular la elusión de MTP como un delito individual, lo han tipificado en la Ley de Propiedad Intelectual¹⁸ o bien dentro del Código Penal pero relacionado con delitos donde el bien jurídico protegido es la propiedad intelectual. Ejemplo de lo primero encontramos entre otros en Alemania, Australia, Dinamarca, Estados Unidos, República Dominicana y de lo segundo en los Códigos Penales de España, México y Perú¹⁹.

Otras legislaciones han optado por considerar que esta acción de elusión puede encuadrarse dentro de alguna de las figuras relacionadas con la criminalidad informática. Así, por ejemplo, una persona que infrinja el sistema de criptografía que guarda el acceso a una base de datos de obras protegidas podría ser demandada por fraude informático, el que está definido como “la entrada, la alteración o la supresión de datos o de programas informáticos, o cualquier otra injerencia en un tratamiento informático, que influya en el resultado causando así un perjuicio económico o material a otra persona con la intención de obtener un beneficio económico ilegítimo para sí mismo o para un tercero o con la intención de privar ilegalmente a dicha persona de su patrimonio”²⁰; o bien la elusión de una MTP de aquellas denominadas “watermarking” que impide la modificación de la obra, también se podría reprimir como alteración no autorizada de datos. Ejemplos de lo anterior encontramos en el Artículo 321-1, párrafo 1 del Código Penal francés que reprime el acceso y la permanencia fraudulenta en un sistema informático o en el Artículo 202a del Código Penal alemán que prohíbe la obtención de

¹⁸ Alemania Arts. 95 a, 108b y 111 a de la Ley sobre la regulación del derecho de autor en la sociedad de la información; Dinamarca Arts. 76 y 78 de la Consolidated Act on Copyright, EEUU Copyright Law of the United States Sección 1204 Criminal Offences and Penalties (relativas a violaciones de las normas contenidas en secciones 1201 o 1202 de la Copyright Law enmendadas por la DMCA de 1998)

¹⁹ España Art. 270 del Código Penal; México Art. 424 bis del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal y Perú Art. 220-A del Código Penal.

²⁰ En este sentido ver STROWEL, Alain y DUSSOLIER, Séverine, *La Protección Legal de los Sistemas Tecnológicos*, Ginebra, Edit. OMPI, 1999.

datos especialmente guardados contra el acceso no autorizado.

Así las cosas, para evaluar cuál puede ser la fórmula de tratamiento legislativo más conveniente de adoptar por nuestro país, en materia de elusión de MTP y de las actividades preparatorias, es necesario distinguir tres situaciones:

1. Sanción de la elusión de mtp que controlan el acceso a la obra, interpretación, ejecución o fonograma

Respecto de sancionar como figura penal independiente la elusión de las MTP que controlan el acceso a la obra, interpretación, ejecución o fonograma, cabe analizar si ello es posible en Chile, sea en el Código Penal o bien en la Ley de propiedad Intelectual, o en cualquier otro cuerpo legal. Nuestra opinión al respecto es que aquello no es posible pues, si bien se trata de una norma de carácter internacional lo que importa que tiene un status distinto a las normas internas incluso las constitucionales, ella es absolutamente inconciliable con las normas de protección de derechos fundamentales como lo es aquella que prohíbe la doble incriminación, también denominada principio del non bis in ídem, y aquí es necesario detenernos para hacer precisiones.

En un Estado Constitucional de Derecho es la Constitución Política la que permite el ingreso de una norma internacional al ordenamiento jurídico y también determina la forma en que esto ocurre y el lugar que ocuparán al interior del ordenamiento jurídico. Respecto de la Constitución chilena, la forma en que se incorporan las normas internacionales al sistema nacional se encuentra establecida en el artículo 54 N° 1 de la CPR.

Una vez incorporada una norma internacional al ordenamiento jurídico chileno, ésta pasa a ser ley de la República, igualmente aplicable que cualquier norma jurídica interna, pero con un status superior pues la validez de esta norma no está dada por la Constitución sino que por el Derecho Internacional y por los preceptos del propio tratado, por lo que las normas a que nos referimos son intangibles, tanto para el legislador nacional como para el constituyente pues su incumplimiento importa desconocer los compromisos internacionales que ha adquirido el Estado de Chile. Por tanto, para llegar a dejar de aplicarla, debe seguirse las normas constitucionales de denuncia o retiro de tratados internacionales, establecidas en el mismo artículo 54 N° 1 ya señalado, todo de cara a los principios de *ius cogens* denominados *Bonna fide* y *Pacta Sunt Servanda*, la doctrina de los actos propios y el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Sin embargo, de acuerdo a lo ya expuesto, ambas normas en conflicto, esto es, la que obliga a nuestro país a penalizar las MTP y las normas de los artículos 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el inciso 7° del art. 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que consagran el principio *Non Bis in Ídem*, todos pactos ratificados por Chile, tienen intangibilidad respecto del legislador y constituyente nacionales por lo que no se vislumbra, hasta ahora, cual norma debe ser la aplicable al caso. Con todo, las normas de los artículos 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos e inciso 7° del art. 14 del Pacto de Derechos Civiles

y Políticos son de aquellas que reconocen derechos fundamentales, en este caso, el no ser juzgado dos veces por el mismo hecho en tanto la norma del TLC con EEUU no tiene tal carácter, por lo que debemos entender que el Estado de Chile no puede, en principio, cumplir con lo dispuesto en el literal a) del artículo 17.5 N° 5 del TLC con EEUU pues se lo prohíbe el inciso 2° del artículo 5 de la CPR que reconoce a los derechos fundamentales como límite a la soberanía, esto es, no pueden ser afectados por el legislador ni por el constituyente y el Estado ni siquiera puede afectarlos denunciando o retirándose del pacto internacional que los reconoció.

De todo lo anteriormente se concluye que Chile no puede penalizar la elusión de MTP como figura penal independiente, sea en el código punitivo, en la Ley de Propiedad Intelectual, en la ley que tipifica delitos informáticos, ni tampoco pensar en un concurso material de delitos.

Finalmente en esta parte, es claro que nos encontramos ante una posible afectación del principio non bis in ídem porque la elusión de una medida de protección tecnológica de aquellas que exige penalizar el art. 17.7 N° 5 letra a) del TLC con EEUU, esto es, de aquellas que controlan el acceso a las obras intelectuales, fonogramas, interpretación o ejecución protegidos y desde este punto de vista, el curso causal del hecho de vulneración de derechos de propiedad intelectual se inicia con el quebrantamiento de normal de la operación de la MTP, cuando la obra, fonograma, interpretación o ejecución protegidos se encuentra resguardada por ella.

Tampoco sería posible, dada la misma argumentación ya expuesta, penalizarlo como agravante de responsabilidad relacionada con delitos de vulneración a la propiedad intelectual, como propone el TLC con EEUU, puesto que establecer un aumento de penalidad como agravante de responsabilidad en base a la comisión del mismo hecho, también es vulneración del principio non bis in ídem.

Entonces, pareciera que Chile se encuentra en un callejón sin salida respecto al acuerdo de penalización de las MTP al que llegó en el TLC con EEUU, por lo que podría estar en moratoria de dicho acuerdo y comprometiendo su responsabilidad internacional. Sin embargo creemos que este es un falso dilema pues en rigor la elusión de una MTP corresponde, a nuestro juicio, a la primera etapa del iter criminis de los delitos contra la propiedad intelectual. En efecto, el hecho de eludir una MTP se realiza generalmente, para proceder a la afectación de los derechos resguardados penalmente por los artículos 79, 80 letra a) y 81 de la Ley 17.336 consistentes básicamente en arrogación de derechos de autor o conexos resguardados en la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual, correspondería al delito respectivo en grado de tentativa. En efecto, el Código Penal, en el inciso 3° del artículo 7, define la tentativa señalando: *“...Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento”* y siguiendo a esta norma podemos sostener que quien elude una MPT de aquellas que, como señala el TLC con EEUU, controlan el acceso a las obras intelectuales, fonogramas, interpretación o ejecución protegidos, ha dado inicio a la ejecución de un delito contra la propiedad in-

lectual, por un hecho directo, la elusión, y falta para su consumación que se proceda a efectuar el uso no autorizado de la obra o fijación. Sin embargo, para que la elusión de MTP se penalice como tentativa, es necesario que el delito principal se encuentre determinado. Ahora bien, si el hechor logra ejecutar el tipo penal protegido por la ley de propiedad intelectual, es decir, logra efectuar el uso no autorizado de la obra luego de eludir la MTP, se consuma el delito y la penalización de esta elusión quedará subsumida en dicha consumación.

Por lo tanto, lo exigido a nuestro país por la letra a) del número 5, del artículo 17.5 del TLC con EEUU, Chile lo está cumpliendo pues, como ya lo hemos señalado, la elusión se encontraría penalizada como tentativa del delito de uso no autorizado de obra intelectual o fijación de la misma, penados en los artículos 79, 80 letra a) y 81 de la LPI.

Todo lo anteriormente señalado en nada impide que el legislador igualmente decida, llevando adelante una errada política criminal a nuestro juicio, penalizar la acción de eludir una MTP independientemente de su funcionalidad, esto es, sean o no de aquellas que controlan el acceso a la obra, interpretación, ejecución o fonograma y en tal caso, al estar frente a aquellas que controlan el acceso a la obra, interpretación, ejecución o fonograma el juez deberá tomar en cuenta en su decisión final, las consideraciones que hemos expuesto relativas a la vulneración del principio *non bis in ídem*. Y en cuanto a aquellas que no controlan el acceso a la obra, interpretación, ejecución o fonograma debe tomarse en cuenta el principio limitativo del *ius puniendi* estatal denominado principio de la lesividad, que supone que para que exista una intervención penal por parte del Estado debe existir, necesariamente como correlato, una afectación real del bien jurídico protegido (*nullum crimen, nulla poena sine iniuria*). Es decir, siendo serios en la aplicación de la política criminal respectiva, no sería posible penalizar la elusión de una MTP que no provoque daño a bien jurídico alguno, ni amenaza o puesta en peligro del mismo.

2. Penalización de la elusión de mtp que controlan la utilización de la obra, interpretación, ejecución o fonograma

En primer término, debe tenerse presente que el TLC con EEUU no obliga a nuestro país a penalizar las MTP que controlan la utilización de la obra, interpretación, ejecución o fonograma sino aquellas que controlan su acceso solamente. Es más, dicho tratado, en su artículo 17.7 letra a) sostiene, como ya lo señalamos, que “Ninguna Parte está obligada a imponer responsabilidad civil o penal a una persona que eluda medidas tecnológicas que protejan los derechos exclusivos del derecho de autor o derechos conexos en una obra protegida, pero no controlan el acceso a la obra”.

Pero, si nuestro legislador quisiese ir más allá que lo obligado por el instrumento internacional y decidiese penalizar la elusión de MTPs que controlan la utilización de la obra, interpretación, ejecución o fonograma, estimamos que aquello no es procedente

en razón de las siguientes consideraciones:

- La ratio legis de la norma en comento, esto es, el fin perseguido con la penalización, no sería otro que el disuadir la copia no autorizada de obras intelectuales a través de impedir la existencia de dispositivos que puedan reproducirlas, palabra que en esta ocasión utilizamos en su sentido natural y obvio, es decir, ejecutarlas, y no según su significado legal.
- La utilización no autorizada de una obra, para que sea penalizada, debe ser realizada con fin de lucro, es decir, como consecuencia de una actividad de emprendimiento o comercial, si se quiere, por ejemplo, la comunicación pública de una obra a través de su radiodifusión por una radioemisora, y además dicha utilización debe provocar un daño patrimonial efectivo en el titular de la obra.
- De acuerdo a lo anterior, las situaciones de utilización reproducción no autorizada que se buscaría evitar con la nueva legislación, serían:
 - i) El que, sin estar expresamente facultado para ello, publique mediante su edición, grabación, emisión radiofónica o de televisión, representación, ejecución, lectura, recitación, exhibición, y, en general, cualquier otro medio de comunicación al público, actualmente conocido o que se conozca en el futuro, obras de dominio ajeno protegidas por la Ley Nº 17.336 sobre Propiedad Intelectual, inéditas o publicadas (Art. 79 letra a) relacionado con art 18 letra a de la misma Ley.
 - ii) El que, sin estar expresamente facultado para ello, ejecute públicamente mediante la emisión por radio o televisión, discos fonográficos, películas cinematográficas, cintas magnetofónicas u otro soporte material apto para ser utilizados en aparatos reproductores de sonido y voces, con o sin imágenes, o por cualquier otro medio, obras de dominio ajeno protegidas por la Ley Nº 17.336, inéditas o publicadas (Art. 79 letra a) relacionado con art 18 letra d de la misma Ley.
 - iii) El que, sin estar expresamente facultado para ello, utilice las interpretaciones, producciones y emisiones protegidas de los titulares de los derechos conexos, con cualquiera de los fines o por cualquiera de los medios establecidos en el Título II que en lo que respecta al tema en comento son: La transmisión o retransmisión por medio de los organismos de radiodifusión o televisión, o el uso por cualquier otro medio, con fines de lucro, de tales interpretaciones o ejecuciones; y La difusión por medios inalámbricos o la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones en directo. (art. 79 en relación con art. 66 N°s 1 y 3 de la LPI).
- Sin embargo, como vimos, las conductas descritas ya están penadas por la LPI por

lo que no se ve razón alguna para una doble protección legal, sin perjuicio de las consideraciones que en su momento hicimos respecto del principio non bis in ídem.

- Finalmente, como argumento también poderoso a favor de la no penalización de la elusión de MTP que impidan la utilización de la obra, ejecución, interpretación o fonograma, cabe considerar el gran número de excepciones que la ley N° 17.336 plantea a los derechos de autor y conexos y que dicen relación con la utilización de la obra, ejecución, interpretación o fonograma y que se encuentran establecidas en los artículos 71 A al 71 S de la LPI y que de concretarse la penalización de las MTP en comento se harían ilusorias a menos que se contemplaran otras específicamente para operar frente a las MTP.

3. Fabricación o puesta a disposición al público de productos o servicios cuyo principal objeto es la elusión de MTP

En cuanto a la figura de la fabricación, importación y puesta a disposición del público de mecanismos destinados a la elusión de las MTP ¿podría sostenerse que se trata de un delito que pudiese calificarse como informático? A nuestro entender ello no sería factible, pues la conducta no dice relación con aquellas tipificadas en la Ley 19.233 sobre delitos informáticos. Si se quiere encontrar algún símil en nuestra legislación este podríamos hallarlo en la figura del artículo 445 del Código Penal chileno que sanciona al que fabricare, expendiere o tuviere en su poder llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos destinados conocidamente para efectuar el delito de robo. Con todo, al no ser procedente la analogía *in malam partem* en materia penal, esta mención a la norma del Código Penal sólo tiene un mérito pedagógico pero no resulta aplicable al efecto. Por lo demás, esta norma ha sido objeto de fuertes críticas de parte de la doctrina y en efecto se ha sostenido que este tipo penal sanciona actos que no vulneran de manera especial los límites impuestos por eventuales afectados, sino que sólo los ponen en un potencial e indeterminado peligro. Se trata, más que un delito autónomo, una infracción de sospecha o de peligro general pero que exige que el objeto del tipo deba ser inequívoco, a través de la utilización de la expresión “conocidamente”, lo que lo convierte en algo extremadamente subjetivo a esta descripción típica, resultando en una anticipación punitiva exacerbada²¹.

De otro lado, también podría sostenerse que estos actos podrían considerarse como actos preparatorios y sancionarse en cuanto a tales, sin embargo, los actos preparatorios en general no son punibles pues se parte de la base que no es posible castigar toda exteriorización de los procesos subjetivos. Excepcionalmente son penados determinados ac-

²¹ YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo Alejandro, “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el íter criminis en los delitos de robo y hurto”, en *Política Criminal* [online], 4 n° 7, (2009), pp. 87-124. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992009000100003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-3399. doi: 10.4067/S0718-33992009000100003. [Consulta: 19 diciembre 2011].

tos preparatorios de carácter colectivo, concretamente la conspiración y la proposición, pero no de modo general para todos los delitos sino que sólo respecto de aquellos que la ley señala. Además, al formar parte del iter criminis, respecto de los actos preparatorios deben aplicarse los principios generales del mismo y también hay que tener presente que los actos preparatorios son un adelantamiento de la punibilidad respecto de la tentativa, por lo tanto, en relación a un tipo penal específico, a un delito determinado²². En el caso en comento, no es posible hablar de acto preparatorio pues no estamos en ninguna de las hipótesis que la ley señala para su penalización y además, no existe figura penal relacionada con los hechos que estudiamos.

Finalmente, aún es posible sostener la penalización de la fabricación, importación y puesta a disposición del público de mecanismos destinados a la elusión de las MTP recurriendo a la fórmula que ha aplicado el legislador para penalizar ciertos actos preparatorios que de otra manera serían impunes, esto es, considerarlos como un delito autónomo, independiente de otra figura penal, sin embargo aquí estaríamos frente a aquellos delitos denominados de criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico²³ o delitos de peligro abstracto que han sido objeto de una muy fuerte crítica por parte de la doctrina en razón de considerárseles atentatorios contra el principio de lesividad y manifestaciones del denominado derecho penal de autor, que constituye una criminalización per se de las conductas o bien una penalización por las dudas de que suceda otra conducta de mayor gravedad. En definitiva “los delitos de peligro abstracto son conductas tipificadas por el legislador y definidas en base a estadísticas generales que las presentan como presuntamente peligrosas por variadas razones ante la sociedad en su conjunto, pero que no lesionan bien jurídico individual o colectivamente considerado, ni lo colocan en peligro evidente, ni tienen una víctima definida, adelantando de ese modo el poder punitivo del Estado con criterios de política criminal preventivas de otras conductas más graves, es decir al estadio previo de estas, que hipotéticamente sucederían si no se atacaran penalmente y previamente”²⁴.

Como decíamos, este tipo de delitos han sido criticados por su dudosa constitucionalidad ya que vulneran el principio de la presunción de inocencia pues, por ejemplo, al sancionar la mera tenencia de objetos que inequívocamente están destinados a la comisión de un determinado delito en rigor se está penalizando el hecho que el sujeto tiene dichos elementos para efectivamente cometer el delito. Además, con este tipo de delitos se invierte la carga probatoria pues, para eximirse de culpa, quien porta los elementos debe probar que los portaba para un fin distinto de la comisión del delito, el

²² En este sentido: BUSTOS, Juan, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, I, pp. 666 y 667 y también POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 385 y ss.

²³ En este sentido ver JAKOBS, Günther, “Criminalización en el Estado Previo a la Lesión de un Bien Jurídico” en JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, UAM Ediciones, Edit. Civitas, 1997, pp. 293 a 324.

²⁴ YANCARELLI, Lucas, “Los Delitos de Peligro Abstracto y su Inconstitucionalidad”. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/02052011/monografias16.pdf>. [Consulta: 11 diciembre 2011].

que debe ser razonable y determinado. Si no lo logra probar, es condenado con lo que el Ministerio Público, en este tipo de ilícitos, se exime de su obligación de acreditar la culpabilidad.

De otro lado, también se han hecho críticas en razón del principio limitativo del *ius puniendi* estatal de la lesividad que supone que para que exista una intervención penal por parte del Estado debe existir, necesariamente como correlato, una afectación real del bien jurídico protegido (*nullum crimen, nulla poena sine iniuria*).

De acuerdo al anterior razonamiento, y dado que la presunción de inocencia también tiene el estatus de garantía fundamental reconocida por tratados internacionales y por cierto, por la Constitución Política, podemos aplicar aquí el mismo razonamiento que expusimos al tratar la elusión de MTP que controlan el acceso a la obra, ejecución, interpretación o fonograma.

Ahora, si bien es cierto que no es posible penalizar la figura de la fabricación, importación y puesta a disposición del público de mecanismos destinados a la elusión de las MTP usando la construcción de un delito de peligro abstracto, por atentar estos contra la garantía fundamental de la presunción de inocencia, límite para la soberanía, no es menos cierto que no es posible invocar legislación interna para eludir los compromisos internacionales del Estado, tal como lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y en tal sentido, la construcción del tipo penal debiese intentarse vinculándolo con los delitos relacionados con la transgresión a los derechos de propiedad intelectual y la sanción, en grado de tentativa, de la vulneración de MTP que controlan el acceso. Además, no invirtiendo la carga probatoria en el sentido sugerido por el art. 17.7 del TLC, por ejemplo, agregando a la mera tenencia conceptos tales como “maliciosamente” y “con el único objeto de destinarlos a propósitos comerciales prohibidos”. De existir en la norma estos conceptos, el Ministerio Público deberá probar la malicia y que la tenencia es para el único objeto de destinarlos a propósitos comerciales prohibidos y no podrá deducirse de presunciones ni del contexto en que se efectúa la tenencia. Adicionalmente, debiera dimensionarse con claridad cómo con la sola fabricación o puesta a disposición al público de productos o servicios cuyo principal objeto es la elusión de MTP, se provoca una afectación real del bien jurídico protegido. De no demostrarse tal afectación, lo que habría es un peligro de que dicho bien jurídico protegido se afecte pero no una afectación real del mismo. Por lo tanto, en principio no sería posible para el legislador, sin pasar a llevar el principio ya mencionado, sancionar penalmente las conductas antes descritas denominadas, en general, actividades preparatorias.

Por último debe tenerse presente que la penalización de la fabricación, importación y puesta a disposición del público de mecanismos destinados a la elusión de las MTP sería sólo de aquellos mecanismos destinados inequívocamente a eludir las MTP que controlen el acceso a la obra, ejecución, interpretación o fonograma pues ya vimos que aquellas que controlan la utilización no pueden ser penadas y entonces no parece razonable adelantar la punición de hechos que en etapas más avanzadas del iter criminis, no son punibles.

VI. LAS MTP FRENTE A LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS

Un par de aspectos muy importantes de resolver al momento de evaluar la protección legal de las MTP se refieren por una parte a la búsqueda de fórmulas legales que permitan provocar una situación de equilibrio normativo entre la mencionada alternativa de resguardo de estas medidas y los legítimos intereses que tienen los consumidores de poder acceder a los bienes intelectuales y por otra, tal equilibrio debe evitar cualquier colisión posible entre derechos fundamentales, pues estos nunca pueden resultar subyugados ante estas demandas de protección.

Las excepciones o limitaciones al derecho de autor, han sido otorgadas por la ley a los usuarios y se fundan en el necesario equilibrio que debe existir entre la protección de los intereses de los autores, artistas y las industrias culturales, por una parte, y el interés público y general de los usuarios y la respectiva comunidad (a través del acceso a la información, necesario para el desarrollo educacional y cultural de los pueblos), por la otra. La pregunta que entonces cabe responder es ¿debe tolerarse la elusión de las medidas tecnológicas que controlan el acceso y la utilización de una obra de dominio público o cuyo uso está exento en virtud de una excepción legal? y la respuesta necesariamente debiese ser afirmativa, ello siempre que la elusión de MTP esté penalizada. Para este caso, deberán ser los propios autores o los titulares de derechos conexos quienes promuevan mecanismos para que puedan efectuarse las utilidades que la ley determina como excepciones o limitaciones al derecho de autor.

Puede sostenerse, de otro lado, que en la medida en que no exista una obligatoriedad de incorporar MTP en los soportes a fin de proteger las obras intelectuales, necesariamente se preferirá aquellas que no recurran a este tipo de medidas. Sin embargo, este argumento es falaz por cuanto cada obra intelectual es única por lo tanto, si el usuario desea ejercer el derecho de cita sobre una obra de un autor X y técnicamente le es imposible pues se encuentra protegida por una MTP y no existen en el mercado copias legítimas sin dicha protección, no optará por citar al autor y porque no le sirve a sus propósitos.

Entonces, la solución hay que buscarla a través de fórmulas legislativas que permitan equilibrar el ejercicio de los derechos de los titulares legítimos y la efectividad del ejercicio práctico de determinadas excepciones a los derechos de autor y derechos conexos, para que cuando dichas conductas superen ese “uso honrado”, alterando el equilibrio deseado, quede claramente establecido que tal conducta ameritará una sanción. Este último camino es el que considero más acertado y para poder cumplir con lo pactado por Chile en los Tratados Internet de OMPI, el Acuerdo con la UE y en el TLC con EEUU.

VII. CONCLUSIONES

La utilización de medidas de protección tecnológicas, es un recurso al que tiene la posibilidad de recurrir cualquier titular de derechos de autor o conexos. Al igual que lo

que ocurre con un titular de derecho de propiedad común, los mencionados titulares tienen la opción de poder colocar una “cerradura” con el objeto de controlar el acceso o evitar otro comportamiento indeseable que pudiera afectar el objeto de su propiedad y, por tanto, su patrimonio.

Estos recursos técnicamente disponibles, son un medio más de aquellos que permiten ayudar a la protección de los titulares de los derechos de autor y conexos frente a los actos de utilización no autorizados que sean ejecutados por terceros para acceder a obras intelectuales, prestaciones artísticas, producciones fonográficas o emisiones de radiodifusión de dichos titulares. En tal sentido, quien cuente con la debida autorización del titular de derechos de propiedad intelectual, por vía contractual o legal, no debiera preocuparse en cuanto a que se encontrará legitimado para utilizar los bienes intelectuales protegidos por tales medidas, para lo cual deberá seguir las expresas indicaciones que le otorgue el proveedor, siendo obligación de éste último el tener que acompañar las instrucciones junto al producto respectivo. Es por ello que, los mecanismos dispuestos para controlar el acceso, reproducción u otros usos no autorizados, deben ser expresamente informados al adquirente con anterioridad al momento de adquirir algún soporte o archivo protegido por ellos.

La posición de los titulares de derechos de autor y conexos en cuanto a recurrir a tales mecanismos, no nos parece criticable, más aun cuando su regulación permite encuadrar tales usos en el irrestricto respeto del derecho de los consumidores, en cuanto a proveerles de la suficiente información que les permita operar con los correspondientes productos y así disfrutar de éstos a plenitud. Sin embargo, debe advertirse que las medidas de protección tecnológicas no pueden usarse en forma abusiva, esto es, afectando el acceso o las utilidades de las obras o producciones intelectuales cuando éstas ya se encuentren en el dominio público ni convertirlas en vallas que impidan el real ejercicio de las excepciones o limitaciones a los derechos exclusivos de tales titulares.

Para abordar en la forma más eficiente la tarea de generar una legislación adecuada y suficientemente flexible para ser capaz de ir adaptándose en el tiempo según se producen los cambios tecnológicos, parece conveniente mirar aquellos procesos legislativos que otros países ya abordaron. Países que consideraron incluir la participación activa de la agencia nacional competente en materia de derechos de autor y derechos conexos para promover procesos que permitan definir listados de obras o situaciones que resultan exceptuadas de la aplicación de sanciones en caso de ejecutarse actos de elusión que, atendido el interés público comprometido, se asumen como plenamente justificadas para garantizar el acceso a la información, sin que con ello se produzcan explotaciones encubiertas de las obras y producciones intelectuales que perjudiquen la protección efectiva de los titulares de derechos de autor y derechos conexos.

[Recibido el 19 de diciembre y aceptado el 24 de diciembre de 2011].

BIBLIOGRAFÍA

- ANTEQUERA H., Ricardo Enrique, “El derecho patrimonial del autor (con particular referencia al entorno digital)” en *Revista de Derecho Informático*, 72, (2004). Disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1081>. [Consulta: 14 diciembre 2011].
- BUSTOS, Juan, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, I.
- DE ALZAGA, Pedro. Un remedio casero anula el sistema anticopia de Sony Music” publicado en el Diario EL País de fecha 22/05/2002. Disponible en: http://www.elpais.com/articulo/cultura/remedio/casero/anula/sistema/anticopia/Sony/Music/elpepucul/20020522elpepucul_1/Tes. [Consulta: 14 diciembre 2011].
- DELGADO PORRAS, Antonio, “Las medidas tecnológicas para la protección del derecho de autor y de los derechos conexos y la protección de la información sobre gestión de derechos en el WCT/TODA y en el WPPT/TOIEF. Su implementación, una perspectiva de futuro en América Latina”, en *La Propiedad Intelectual: Un Canal para el Desarrollo Panamá 2002 – IV Congreso Iberoamericano sobre derecho de autor y derechos conexos*, Panamá, Ed OMPI-Ministerio de Educación de la República de Panamá, 2004, I.
- FERNÁNDEZ DELPECH, Horacio. *Medidas tecnológicas de protección de la propiedad intelectual en Internet – Los actos elusivos – La protección jurídica contra la elusión*. Disponible en: <http://www.hfernandezdelpech.com.ar/MEDIDAS%20TECNOLOG.DE%20PROTECCION-MERCOSUR.pdf>. [Consulta: 12 diciembre 2011].
- JAKOBS, Günther, “Criminalización en el Estado Previo a la Lesión de un Bien Jurídico” en JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, UAM Ediciones, Edit. Civitas, 1997.
- LARRAGUIBEL ZAVALA, Santiago, *Tratado sobre la Propiedad industrial*, Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur, 1998, II.
- OSSA ROJAS, Claudio Patricio, “Medidas técnicas de protección de los derechos de autor y los derechos conexos en el entorno digital”, en *AR: Revista de Derecho Informático*, 121, (2008). Disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=10727>. [Consulta: 14 diciembre 2011].
- POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- STROWEL, Alain y DUSSOLIER, Séverine, *La Protección Legal de los Sistemas Tecnológicos*, Ginebra, Edit. OMPI, 1999.
- YANCARELLI, Lucas, “Los Delitos de Peligro Abstracto y su Inconstitucionalidad”. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/02052011/monografias16.pdf>. [Consulta: 11 diciembre 2011].
- YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo Alejandro, “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el íter criminis en los delitos de robo y hurto”, en *Política Cri-*

minimal [online], 4 n° 7, (2009), pp. 87-124. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992009000100003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-3399. doi: 10.4067/S0718-33992009000100003. [Consulta: 19 diciembre 2011].

