

## Implementación del T-MEC. Las medidas tecnológicas de protección y el régimen de limitaciones de la Ley Federal del Derecho de Autor de México

Jorge Luis **Ordelin Font\***

El 1o. de julio de 2020 fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto en virtud del cual se reforman diversas disposiciones de la Ley Federal de Derechos de Autor de México (LFDA).

Las reformas y adhesiones a la LFDA se encuentran, esencialmente, en el capítulo V, título IV, “De las Medidas Tecnológicas de Protección, la Información sobre la Gestión de Derechos y los Proveedores de Servicios de Internet”. El objetivo de estas modificaciones es realizar la recepción en la legislación nacional de las normas convencionales del Tratado México, Estados Unidos y Canadá (en adelante el Tratado o T-MEC).<sup>1</sup> Con estas modificaciones las disposiciones convencionales se han convertido en ley interna y gozan de total eficacia.

Al reproducirse en la legislación nacional lo dispuesto en el artículo 20.67 del Tratado, se evidencia la contradicción existente entre el contenido de este precepto, devenido ahora en norma nacional, y el ordenamiento jurídico interno. El artículo 20.67 aborda todo lo relacionado con las me-

\* Faculdade Meridional IMED (PNDP/CAPES), Brasil; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8778-882X>, [jlordelin@gmail.com](mailto:jlordelin@gmail.com).

<sup>1</sup> Tratado de Libre Comercio suscrito entre México, Estados Unidos y Canadá. Este tratado entró en vigor el 1o. de julio de 2020. Sustituye al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA), firmado en 1994 entre dichos países.

didadas tecnológicas de protección de las obras y demás prestaciones artísticas. Su recepción en el derecho interno, a partir de las modificaciones a la LFDA, ha sido motivo de múltiples cuestionamientos, inclusive de una acción de inconstitucionalidad promovida por la presidenta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Se considera que el establecimiento de estas medidas impone restricciones indebidas para el ejercicio del derecho a la propiedad privada, y, por interdependencia, de otros derechos humanos, como son de las personas usuarias de bienes que sirven como soporte material de obras protegidas tecnológicamente, entre los que se encuentran la libertad de trabajo o comercio, la libertad de expresión y el derecho a beneficiarse de la cultura y el progreso científico y tecnológico.<sup>2</sup>

Más allá de que se pueda estar de acuerdo con la precisión de los argumentos esgrimidos para promover la anteriormente referida acción de inconstitucionalidad, lo cierto es que la contradicción en relación con la implementación del Tratado no se encuentra en la figura de las medidas tecnológicas de protección, sino en la regulación que se realiza de las mismas y, en particular, de lo previsto en el artículo 114 Quáter y Quinquies de la LFDA.

La figura de las medidas tecnológicas no es nueva en el derecho de autor y es parte de las obligaciones económicas internacionales que adoptó el Estado mexicano al firmar y ratificar el Tratado de la OMPI<sup>3</sup> sobre Derecho de Autor (TODA, 1996) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF, 1996), el 6 de marzo de 2002 y el 20 de mayo de 2002, respectivamente.<sup>4</sup>

Estos instrumentos convencionales regulan las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas. Con ellas se crea la obligación de brindar 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 o productores de fonogramas, en relación con el ejercicio de sus derechos y que, respecto de sus obras, interpretaciones o ejecuciones o fonogramas, restrinjan actos que no estén autorizados por los

<sup>2</sup> Acción de inconstitucionalidad promovida por María del Rosario Piedra Ibarra, presidenta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ante la Suprema Corte de Justicia.

<sup>3</sup> Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

<sup>4</sup> Estados partes, 1o. de junio de 2020, disponible en: <https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/wct.pdf> (TODA); <https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/wppt.pdf> (TOIEF) (fecha de consulta: 14 de septiembre de 2020).

autores, artistas intérpretes o ejecutantes o los productores de fonogramas, concernidos o permitidos por la ley.<sup>5</sup>

Esta concepción no es contraria con la que el apartado 6 del artículo 20.67 del T-MEC brinda al entender como medida tecnológica efectiva “cualquier tecnología, dispositivo o componente que, en el curso normal de su funcionamiento, controla el acceso a una obra, interpretación o ejecución o fonograma protegidos, o protege el derecho de autor o un derecho conexo” y se halla en correspondencia con lo regulado en el artículo 114 Bis.

Sin embargo, como ya se ha afirmado la principal contradicción no se encuentra en la obligación tanto de los Tratados OMPI como del TMEC de proporcionar protección legal adecuada y recursos legales efectivos contra la elusión de medidas tecnológicas efectivas, sino en el régimen de excepciones y limitaciones previsto en el apartado 4 del artículo 20.67 del T-MEC en relación con la aplicación de estos mecanismos de protección, y particularmente la transposición al ordenamiento jurídico interno de las disposiciones contenidas en esta materia en el T-MEC. Al implementar este apartado al ordenamiento jurídico interno, el órgano legislativo adoptó de facto el régimen particular de excepciones y limitaciones que dicho apartado prevé para el caso de las excepciones y limitaciones en materia de medidas tecnológicas, lo cual genera innumerables dudas en relación con la compatibilización de este régimen con las limitaciones y excepciones en materia de derechos de autor que se prevén en el artículo 148 de la LFDA.

Aun cuando se puede hablar de regímenes de limitaciones y excepciones diferentes (uno recae sobre las medidas tecnológicas y el otro sobre los derechos de autor), no se puede obviar la estrecha relación que existe entre uno y otro. Si la medida tecnológica actúa como medio de protección y controla el acceso y uso de las obras, interpretaciones, ejecuciones, fonogramas, emisiones y demás prestaciones su utilización uso no puede estar en contradicción con el régimen de excepciones y limitaciones previsto en la norma autoral, así como tampoco con el ejercicio de otros derechos humanos. No se puede olvidar que las limitaciones y excepciones en materia de derechos de autor, son expresión, o al menos lo intenta ser,

<sup>5</sup> Artículo 11 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) y el artículo 18 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF), adoptados en la Conferencia Diplomática de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre ciertas cuestiones de derecho de autor y derechos conexos, en Ginebra, el 20 de diciembre de 1996.

del equilibrio que debe existir entre derechos y derechos humanos interdependientes. Por ende, cualquier mecanismo que no respete o restrinja de una forma u otra este régimen de limitaciones está, por ende, quebrando el equilibrio anteriormente referido. Este es el principal riesgo que tiene la introducción de este artículo en el régimen autoral mexicano a partir de la adopción del T-MEC.

La regulación que hace el legislador mexicano no es clara y genera dudas en relación con si el régimen de excepciones y limitaciones a la elusión de medidas tecnológicas, regulado en el artículo 114 Quáter, es el único aplicado a este supuesto o si es posible aplicar al mismo el régimen previsto en el artículo 148 de la LFDA cuando la protección que brindan dichas medidas no permite el uso sin autorización de las obras literarias y artísticas, fonogramas, interpretaciones y ejecuciones y demás objetos de protección de la ley. La regulación prevista en el apartado 9 del artículo 114 Quáter nos hace suponer que la regulación sólo abarca el primero de los supuestos anteriormente citados, mas no el segundo. Ello se encuentra motivado por el hecho de que el apartado en cuestión establece que no se considerará como violación las acciones de elusión o evasión de una medida tecnológica de protección efectiva cuando se fundamente en cualquier otra excepción o limitación para una clase particular de obras, interpretaciones, ejecuciones o fonogramas, siempre y cuando ello sea determinado por el Instituto; ¿cuál instituto? A solicitud de la parte interesada basado en evidencia.

De esta forma, la recepción de las modificaciones del T-MEC realizada por el legislador mexicano contradice el régimen de limitaciones y excepciones previsto por el propio T-MEC y la norma mexicana, al tiempo que establece un desacertado procedimiento para hacer valer un régimen de limitaciones y excepciones de los derechos de autor, que no se corresponde con la práctica nacional ni parece ser viable desde la propia concepción de esta figura en el derecho autoral mexicano.

Como ya hemos afirmado, la primera contradicción es en relación con el propio T-MEC, específicamente el artículo 20.65, que regula las limitaciones y excepciones, y con el régimen previsto en el artículo 148 de la Ley de Derechos de Autor. El propio Tratado reconoce en dicho artículo que nada de lo dispuesto en éste reduce ni amplía el ámbito de aplicación de las limitaciones y excepciones previstas en el Acuerdo ADPIC, el Convenio de Berna, el TODA o el TOIEF. Por lo cual, el uso de cualquier medida tecnológica

de protección efectiva no puede ir en contra o en detrimento de ninguna excepción o limitación que sea reconocida en estos tratados internacionales y regulada en el artículo 148 de la ley autoral mexicana.

Tomemos el ejemplo de las bibliotecas. Según el artículo 148, apartado 5, de la LFDA, las obras literarias y artísticas ya divulgadas pueden utilizarse sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, siempre y cuando no se afecte la explotación normal de la obra, se cite la fuente, no se explote la obra y la reproducción de una sola copia obedezca a razones de seguridad y preservación, y que se encuentre agotada, descatalogada y en peligro de desaparecer. Sin embargo, el apartado IV del artículo 114 Quáter de la LFDA no considera como infracción la elusión o evasión de una medida tecnológica de protección efectiva sólo cuando el acceso por parte del personal de una biblioteca, archivo o una institución educativa o de investigación, cuyas actividades sean sin fines de lucro, se realice con el único propósito de decidir si se adquieren ejemplares de la obra, interpretación o ejecución, o fonograma.

En otras palabras, ¿qué sucedería si existe una medida tecnológica que impida realizar a una biblioteca el supuesto contemplado en el apartado 5 del artículo 148 de la LFDA? Como se colige, los fines de uno u otro artículo son distintos. Si bien pudiera argumentarse que los medios a los que está destinado uno u otro supuesto son diferentes, léase analógico y digital, nada obsta para que dicha situación se materialice y sea necesario aplicar el apartado 5 del artículo 148 en el contexto digital. Surge entonces la duda de si la elusión de la medida tecnológica puede ser permitida cuando el fin sea la seguridad y preservación de la obra y no sólo para decidir sobre la adquisición o no de ejemplares.

Empero, como se reconoce en la propia acción de inconstitucionalidad, el error del legislador mexicano no sólo estuvo en contemplar algunos fines o usos legítimos para la elusión de medidas tecnológicas de protección, dejando fuera otros, sino también en crear una cláusula abierta que permite al Instituto Nacional de Derechos de Autor determinar casuísticamente otros usos legítimos. Esta cláusula se traduce en: *a)* una inhibición ilegítima para el ejercicio de los derechos humanos, específicamente para aquellos usos legítimos que no se hayan comprendidos en el artículo y derivan del ejercicio de otros derechos humanos, y *b)* constituye una carga injustificada para los usuarios, quienes se encontrarían en la obligación de solicitar autorización para ejercer derechos humanos.

La fórmula utilizada en esta disposición trastoca el sistema de excepciones y limitaciones al que responde la propia LFDA; guarda similitud con el sistema de protección del *copyright* en el que no existe un catálogo expreso de supuestos para uso sin autorización del autor o los titulares de los derechos sobre las obras y demás prestaciones y en el cual, a partir de la aplicación del *fair use*, determina cada uno de los supuestos. Sin embargo, más allá de que dicho mecanismo abierto pudiera ser beneficioso en el ámbito digital, el problema no se encuentra en la figura en sí, sino en cómo es implementada, lo que trastoca el régimen legal de las limitaciones y excepciones y el consecuente equilibrio entre los derechos de autor y los derechos humanos.

A diferencia del propio régimen de *fair use*, le corresponde al usuario solicitar autorización para determinar si se encuentra en un supuesto de limitaciones y excepciones, además de presentar evidencias al respecto. Ello incide en el ejercicio efectivo de otros derechos humanos de los cuales las limitaciones y excepciones pudieran ser expresión, dado que le corresponderá al usuario demostrar que se encuentra en la situación prevista en la norma para poder eludir o evadir dichas medidas tecnológicas y, por ende, gozar de las limitaciones y excepciones que la propia ley reconoce. Todo eso sin tener en cuenta que deberá, además, correr con la carga de la prueba sin tener precisión sobre cuáles son los criterios que el Instituto adoptará para considerar si son una limitación o excepción sólo las previstas en el artículo 148 de la LFDA o si es posible configurar un régimen más amplio.

Entonces, la pregunta que surge es si es posible conjugar las obligaciones previstas en el Tratado con el régimen interno de protección de los derechos de autor, con especial referencia al entorno digital. Para ello es importante tener en cuenta que existen modelos de regulación que permiten una comunión entre la protección que brindan las medidas tecnológicas, y su consecuente régimen de excepciones y limitaciones, y el régimen previsto para el uso sin autorización de obras, prestaciones artísticas, fonogramas y demás objetos de protección. Países como España y Ecuador, que han regulado esta figura, parten de reconocer que no existe protección efectiva por parte de las medidas tecnológicas si éstas no respetan el régimen de limitaciones y excepciones de los derechos de autor y conexos, y que el sistema funciona al contrario de como lo ha planteado el legislador mexicano; es decir, le corresponde al autor o sus titulares demostrar que el uso que se hace del objeto protegido por la ley no se corresponde con el régimen de

limitaciones y excepciones y, por ende, la evasión o elusión de la medida tecnológica no se halla justificada.

En México, el legislador debió prever en la regulación legal, además del régimen de excepciones y limitaciones consagrado de forma expresa en el T-MEC, la obligación de respeto de las demás limitaciones y excepciones que se reconocen en la propia ley autoral, específicamente aquellas plasmadas en el artículo 148 de la norma autoral. Incluso, podría modificar dicho régimen y actualizarlo al ámbito digital amparado en el propio Tratado, que prevé que sólo establece como limitación el respeto al régimen el Acuerdo ADPIC, el Convenio de Berna, el TODA o el TOIEF. Esta solución tampoco es contraria a lo establecido en el inciso h, apartado 4, del artículo 20.67, puesto que el Tratado anticipa que pueden existir otras excepciones o limitaciones adicionales:

...para usos no infractores de una clase particular de obras, interpretaciones o ejecuciones o fonogramas, cuando un efecto adverso real o potencial sobre aquellos usos no infractores se demuestre mediante evidencia sustancial en un proceso legislativo, regulatorio o administrativo, de conformidad con el ordenamiento jurídico de la Parte.

En otras palabras, la única solución que desde el Tratado se brinda no era la regulación por parte de la entidad administrativa, dígame Instituto Nacional de Derecho de Autor, para determinar otros supuestos de excepciones o limitaciones. También era posible que el legislador adoptara una posición al respecto; o sea, podía haber regulado dicho régimen sin que existiera impedimento respecto al mismo. Todo ello sin entrar a dilucidar la aceptación, por parte de los negociadores, de un proceso que poco o nada tiene que ver con el régimen interno de limitaciones y excepciones de los derechos de autor en México.

Una vez más, en la implementación del Tratado el legislador nacional dejó de lado la posibilidad de utilizar vías y criterios alternativos para regular de forma integral los derechos de autor y de propiedad intelectual en beneficio del Estado mexicano. El debate jurídico nacional para la recepción e implementación del Tratado no tuvo en cuenta las diversas posiciones que en relación con esta temática existen. Una vez más quedó demostrado que el análisis sobre el uso de medidas tecnológicas de protección debe rebasar los estrechos marcos del discurso entre usuarios y autores. Al igual que suele

suceder en otros temas de derechos de autor, éstas no son más que los extremos más afectados de cualquier relación que se establece alrededor de estos derechos.

No es común que los autores implementen medidas tecnológicas de protección, debido a que ellos no tienen las condiciones económicas y técnicas para hacerlo; por lo general, son las empresas intermediarias y titulares derivados de estos derechos quienes están interesados en utilizar medios de protección para cuidar la inversión que realizan en el producto cultural. Por ende, su uso sólo es posible si se toma como referencia, en este uso, los derechos de los usuarios. Sin desconocer la importancia de las empresas que participan en la distribución y comercialización del producto cultural, es necesario comenzar a desmitificar los argumentos teóricos que sustentan la adopción de regulaciones desarticuladas —sin posibilidades de ser creativos en la recepción del derecho internacional— que responden más a intereses foráneos y empresariales que a los de los propios autores, así como al desarrollo y fomento de una sociedad basada en la creatividad y el conocimiento.