

*Carolina Botero & Julio César Gaitán **

El Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica (TPP): una visión regional del derecho de autor

SUMARIO: I. Introducción. II. El contexto histórico mundial, la estrategia de fortalecimiento y armonización del derecho de autor de EE.UU. III. No aprendemos de la experiencia, el caso de la ampliación del plazo de protección del derecho de autor y de las disposiciones sobre prestadores de servicio de internet. IV. El TPP propone afianzar una tendencia en derecho de autor que es costosa y no está ajustada a la realidad actual. V. Bibliografía.

I. Introducción

El Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica (TPP) es, según la página de la Oficina del Representante Comercial de Estados Unidos (United States Trade Representative (USTR), 2013), “un ambicioso acuerdo del siglo XXI” que busca “incrementar el comercio y la inversión entre los países socios promoviendo la innovación, el crecimiento económico y el desarrollo, y apoyando la creación y retención de empleos”. Tiene su antecedente en el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (Asia Pacific Economic Cooperation (APEC), la página web oficial de este foro es <http://www.apec.org>) que en 2002 inició un proceso para la creación de una área de libre comercio entre

* Maestría en Derecho del Comercio y la Contratación (2005, UAB- España); investigadora, asesora, autora, conferencista, especialmente conocida por su trabajo relacionado con el análisis del derecho de autor en nuevos entornos tecnológicos. Julio Cesar Gaitán Bohórquez, Doctorado por la *Università Degli Studi Di Lecce; Evoluzione dei Sistemi Giuridici e Nuovi Diritti* (2003-2006). Políticas de la Memoria en la Historiografía Jurídica Latinoamericana.

Chile, Nueva Zelanda y Singapur. En 2005 se unió Brunei y en 2006 entre los 4 firmaron el “Pacific Four” o P4, un TLC plurilateral que incluye una cláusula de adhesión que permite la expansión del acuerdo. En 2010 a partir del P4 se inician negociaciones para el TPP con la adhesión de otros países. Desde entonces se han incorporado Australia, Estados Unidos, Malasia, Perú Vietnam, México, Canadá, y, pronto también, Japón.

No sabemos mucho de los detalles del TPP, por cuanto se negocia en secreto. Cualquier apreciación sobre su contenido proviene esencialmente de filtraciones. Lo que sí sabemos es que es un acuerdo de comercio plurilateral en expansión que, con la lógica de los TLC, propone una serie de beneficios relacionados con el acceso a mercados a cambio de que los países acuerden compromisos y estandaricen prácticas comerciales y regulatorias, sin considerar el impacto que tengan los acuerdos sobre el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, particularmente porque dichos acuerdos se realizan en escenarios en los que se evita el control público y democrático a las discusiones y decisiones en las que se juegan libertades y garantías constitucionales básicas. Esto se percibe desde la metodología misma con la que se adelantan las negociaciones del tratado, que no se preocupa por incluir ni informar a las sociedades respectivas.

El TPP se presenta como un acuerdo comercial, pero su alcance es notoriamente mayor, llegando a plantearse, incluso, que está fuertemente vinculado con la estrategia geopolítica de EE.UU. para el Pacífico (Furche, 2013). Lo cierto es que se ocupa de temas amplios y diversos entre los que sobresale la importancia que ha adquirido la propiedad intelectual y, dentro de ella, el derecho de autor que se viene develando como una propuesta agresiva¹ impulsada por EE.UU. y que será el objeto de este documento.

Cualquier aproximación al análisis de este acuerdo desde la óptica del derecho de autor exige reconocer que esta institución jurídica es una importante herramienta de comercio internacional, que soporta el negocio de una industria que para el 2010 calculó su aporte a la economía de EE.UU. en más de

¹ Son ya incontables las protestas y movilizaciones que organizaciones de la sociedad civil, dentro y fuera de EE.UU., desarrollan y alientan en contra del TPP en general y de su alcance en temas de derecho de autor en especial. Se destacan las acciones de la Electronic Frontier Foundation (EFF - puede consultar en <https://www.eff.org/issues/tpp>), o la campaña “Fair Deal Coalition” iniciada por consumidores de Nueva Zelanda (puede consultar en <http://ourfairdeal.org/>). En Chile (iniciativa “TPP Abierto”, puede consultar en <http://tppabierto.net/derechos-digitales>) y Perú (alianza “No Negociable”, puede consultar en <http://www.nonegociable.pe/>) se han desarrollado también campañas.

USD\$930 billones.² Esta industria de contenidos reporta importantes dividendos en exportaciones para países desarrollados, especialmente para EE.UU.³ Puede por lo tanto decirse que, en términos comerciales, no hay duda del fuerte interés de EE.UU por mantener las ventajas competitivas para su industria, situación que se refleja en la historia reciente, en la construcción de la política pública de ese país y en los temas que está priorizando.

Al entrar en negociaciones con el TPP, es fundamental que los socios comerciales analicen este contexto y la forma como la visión reduccionista y esencialmente económica de clave mercantil desconoce la importancia que el derecho de autor tiene respecto de la circulación de información en la era del conocimiento, su importancia para el ejercicio de derechos fundamentales y para la definición de políticas públicas en cada país. Deberán analizar las concesiones que ya hicieron en las negociaciones de los TLC bilaterales con EE.UU. y los beneficios adicionales, si los hay, que recibirán a cambio de las obligaciones que el TPP impone, también deberán revisar los costos económicos y políticos que han supuesto las recientes implementaciones legislativas para cumplir con las obligaciones recientemente negociadas y que deberán ser nuevamente puestas a consideración de sus procesos legislativos.

Los gobiernos y sus negociadores del TPP deben sopesar si los beneficios comerciales que recibirán sus países valen el precio de las concesiones que harán, deberán estudiar lo que ha sucedido globalmente y las opciones que tienen para definir su posición frente al TPP. Así, este documento se suma a aquellos que buscan aportar su cuota para contrarrestar el escenario de desinformación y ausencia de debate en las negociaciones del TPP respecto de dos temas concretos: (1) la posición de EE.UU. en estas negociaciones, construida históricamente, pero especialmente desde la década de los 90, en una estrate-

² En el informe “Copyright Industries in the U.S. Economy: The 2011 Report” encargado por la *International Intellectual Property Alliance* (IIPA) a Stephen E. Siwek (SIWEK, S.E., 2011), se encontró que para 2010 las industrias de EE.UU. que dependen de la protección del derecho de autor fueron las responsables de contribuir a la economía de ese país con más de \$930 billones de dólares, casi 6.4% del Producto Interno Bruto (PIB), empleaban aproximadamente 5.1 millones de trabajadores en EE.UU., lo que representaba casi el 5% del total del empleo del sector privado – estos empleados ganaban un promedio de 27% más que el resto de los empleados-, y sus ventas y exportaciones al extranjero superaron \$134 billones de dólares, mucho más que otros sectores como el aeroespacial, automovilístico o la agricultura.

³ El proyecto World Mapper, que muestra temas interesantes a través de reformular los datos de los mapas del mundo, hizo un análisis con los datos de las regalías que por concepto de patentes y derecho de autor se pagaron en el mundo en 2002 indicando que más del 53% de estos valores fueron pagados en un sólo territorio: EE.UU. (World Mapper, consultado en 2013).

gia que, a cambio de acceso a su mercado de bienes y servicios, busca armonizar, a imagen y semejanza de su legislación -yendo incluso más allá-, el sistema de derecho de autor mundial, y (2) revisar cómo esta estrategia avanza sin considerar la experiencia de implementación de algunas de las propuestas del TPP que ya se usan en algunas legislaciones y que, a pesar de haber mostrado ser problemáticas, especialmente en lo relacionado con el ejercicio de derechos fundamentales de los ciudadanos, serán reforzadas por el TPP.

Esperamos con esto aportar a la construcción de la posición que los países y sus ciudadanos tendrán frente al TPP.

II. El contexto histórico mundial, la estrategia de fortalecimiento y armonización del derecho de autor de EE.UU

La década de los 90

Los EE.UU. se han trazado públicamente como objetivo comercial armonizar y estandarizar mundialmente la protección que la propiedad intelectual otorga.⁴ Este propósito explica, como indican Flynn, Baker, Kaminski & Koo (2012) la manera en que la presión del proceso de armonización ha cambiado el foro en múltiples oportunidades según la forma como se les facilita o dificulta ejercer tal presión.

En las décadas de los 80 y 90 la discusión se daba en un ámbito multilateral, en el seno de la Organización Mundial para la Propiedad Intelectual -OMPI-, y tuvo como resultado central el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). (OMC, 2013)

En ese momento el panorama que impulsaba EE.UU., explica Carlos Cortés (Cortés Castillo, 2013), no era el del internet como una red abierta y participativa que conocemos hoy, sino la visión del gobierno Clinton de una “Infraestructura Nacional de Información” (NII, por su sigla en inglés, National

⁴ Cf. Trade Act of 2002, Pub. L. No. 107-210, § 2102, 116 Stat. 933, 995-996 (codified at 19 U.S.C. § 3802) que en 2002 fijó como uno de los objetivos de negociación internacional para el país “asegurar que las provisiones de cualquier acuerdo comercial multilateral o bilateral en que vaya a entrar los Estados Unidos y que se ocupe de propiedad intelectual reflejen un estándar de protección similar al que se encuentra en las leyes de Estados Unidos” (traducción propia).

Information Infrastructure). El gobierno de Clinton buscaba desarrollar el set de políticas públicas que integrara las redes de telecomunicaciones como un canal de consumo de contenidos, de modo que los norteamericanos pudieran acceder a información y contenidos impulsando la economía nacional y las exportaciones. Sin embargo, para la década del 90 ya existía Internet y su arquitectura no era la de una plataforma de distribución de contenidos, sino que se trataba de una red abierta, de rápida innovación, sin un fin concreto.

En el proceso de análisis de las políticas públicas que hiciera el gobierno no primó la visión del Internet que se estaba gestando, sino la del canal de consumo que la industria y la esfera política visionaban. En consecuencia, la política pública de EE.UU. se pensó específicamente para una red con una infraestructura de una vía por la que circulaban contenidos protegidos y en la que la participación de los usuarios se limitaba al consumo sin posibilidad de producción, como explicó Cortés (Cortés Castillo, 2013). En esa visión las empresas de contenidos sostenían que la viabilidad de su inversión en un canal de distribución exigía un mayor control sobre el uso de sus contenidos por los consumidores y se convirtieron en las principales promotoras de una política con esta orientación. Este fue el marco que se desarrolló e impulsó más tarde, explica también Cortés, a través del *White Paper* que el gobierno encargó al Grupo de Trabajo de Infraestructura de Información de los Estados Unidos (Technological Infrastructure Task Force, 1995) para dar dirección a la política pública y que finalmente propuso como eje de desarrollo el fortalecimiento de los derechos de los titulares.

En 1996, en el marco de la Organización Mundial para la Propiedad Intelectual (OMPI), se firma finalmente el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (correspondiente a la sigla ADPIC o *TRIPS* en inglés. Corresponde al Anexo 1C del Convenio por el que se crea la Organización Mundial del Comercio -OMC). El ADPIC estableció una serie de principios básicos sobre la propiedad intelectual tendientes a armonizar estos sistemas entre los países firmantes y en relación con el comercio mundial. Fue un tratado ampliamente impulsado por EE.UU. pero que no consiguió recoger todas sus preocupaciones.

Aunque en el ADPIC se adoptan importantes medidas para la protección de los titulares,⁵ éstas no tienen el alcance que Estados Unidos había defendido.

⁵ La armonización que se logra con ADPIC integra en las legislaciones de los países suscriptores decenas de tratados que sobre propiedad intelectual existían: por ejemplo, estableció requisitos mínimos para la protección (incluyendo duración mínima, alcance, reglas de observancia, etcétera).

Con el fin de implementar ADPIC, EE.UU. reforma su normatividad interna y en el proceso su visión política da mejores resultados.⁶ En 1998 después de un difícil trámite legislativo se aprueban finalmente unas normas que reforman el derecho de autor americano, entre las que se destaca la Digital Millenium Copyright Act (DMCA), que serán el modelo y piso para exportar.

La reforma al derecho de autor que hace EE.UU. en 1998, especialmente la DMCA, va más allá de las protecciones acordadas en el ADPIC. No sólo incrementó sustancialmente las penas por la infracción a derechos de autor, sino que logra también que se sancione la elusión de las Medidas Tecnológicas de Protección (MTP, que son las tecnologías que buscan controlar el acceso a los contenidos protegidos, como por ejemplo los mecanismos que impiden ver en Colombia un DVD adquirido en Alemania) y a toda tecnología que produzca y distribuya mecanismos para esa elusión. Es importante resaltar cómo también crea un mecanismo de control de contenidos en Internet que funciona a petición de los titulares: el titular que considera vulnerado su derecho de autor logra la colaboración de los intermediarios de Internet (como Google, Telefónica o Amazon) para bloquear el contenido presuntamente infractor en forma expedita a cambio de una exención legal de responsabilidad respecto de las posibles infracciones que hagan sus usuarios. También, con la aprobación de la Sony Bonno Act, se aumentó a 95 años el plazo de protección legal la reforma de 1998, y en general la tendencia proteccionista del gobierno de EE.UU., pasó y fue aprobada, pero es necesario decir también que ha sido ampliamente resistida por la sociedad civil norteamericana en las diferentes instancias con logros y pérdidas diversos⁷ de modo que, aunque se convierte en la

⁶ A partir del capítulo 10, Lawrence Lessig en su libro *"Free Culture"* explica detalladamente el lobby que la industria de contenido desplegó para la reforma al sistema de derecho de autor que terminó en la adopción del DMCA y la Sonny Bono Act en 1998. Utilizando como ejemplo concreto el tema de la extensión del plazo de protección que sería aprobado con la Sonny Bono Act, Lessig presenta datos, ofrecidos por Nick Brown y Alan Ka Ota en sus respectivos artículos, sobre las contribuciones realizadas por entidades gremiales de la industria de contenido a campañas políticas en 1998. Así RIAA y MPAA entregaron más de USD\$200.000, mientras que sólo Disney hizo contribuciones por unos USD\$800.000. Cfr. LESSIG (2004).

⁷ Varias organizaciones de la sociedad civil e individuos han resistido esa tendencia a fortalecer el derecho de autor internamente y a exportar el modelo, dos ejemplos son la Electronic Frontier Foundation -EFF- (puede ver su propio recuento acá <https://www.eff.org/issues/dmca>) y Knowledge Ecology International -KEI- (como puede deducirse de su página web <http://keionline.org/>). Consultar también la descripción que Lawrence Lessig hace en *"Free Culture"* del contexto que lo llevó a defender el dominio público y pelear por la inconstitucionalidad en el caso que se llegaría a conocer como *Eldred v. Ashcroft*. Cfr. LESSIG (2004).

ruta del gobierno americano, la visión del *White Paper* no es unánime en su sociedad, ni siquiera en su gobierno.⁸

En todo caso, para finales de la década de los 90, la propuesta armonizadora del marco jurídico internacional que proveyó la OMPI, cuyo eje es ADPIC y OMC, no alcanza los niveles esperados por el gobierno de Estados Unidos y, sin embargo, enfrenta fuertes críticas y la resistencia de grupos de la sociedad civil. La sociedad civil hace notar que la política de propiedad intelectual del nuevo marco mundial, a pesar de su manifiesta intención, no puede ser la misma en todos los países. Se reclama que la estandarización va en contra del derecho soberano de cada país a elaborar normas que estén al servicio de sus decisiones de políticas de desarrollo social y económico, pone en riesgo el acceso a medicamentos, la preservación y circulación de semillas por comunidades campesinas y/o el acceso de la población estudiantil a material de aprendizaje a costos razonables (Flynn, Baker, Kaminski & Koo, 2012).

El éxito de tal resistencia puede medirse en la respuesta de Estados Unidos que, empeñado en aumentar los niveles de protección internacional, pero consciente de la dificultad que tal propósito enfrentaba en un foro horizontal (OMPI y OMC), decide modificar su estrategia global. En sintonía con su marco regulatorio, EE.UU. traslada el foro de discusión horizontal en temas de propiedad intelectual hacia uno vertical. Es decir que para el siglo XXI Estados Unidos encaminó su política armonizadora⁹ hacia las negociaciones comerciales bilaterales y plurilaterales que adelantaba con otros países (Sell, 2011).

El Siglo XXI, la armonización se hace “cabeza a cabeza”

Al comenzar el siglo XXI EE.UU. ya había reformado el derecho de autor con la aprobación de la DMCA (CONGRESS, 1998) o norma interna de amplio al-

⁸ La política es impulsada por la USTR, sin embargo, existen hechos como la intervención de la Directora de Registro de Derecho de Autor de EE.UU. ante el Congreso de ese país (el pasado 20 de marzo de 2013), en el que llamó a pensar en la nueva gran reforma en EE.UU al derecho de autor y en ella a cambiar el rumbo y disminuir el plazo de la protección. Dijo que lo que había no estaba balanceado para enfrentar el siglo XXI y requería pensarse desde el interés público (PALLANTE, 2013).

⁹ Cfr pie de página 4 que explica cómo en 2002 se fijó como uno de los objetivos de negociación internacional para el país “asegurar que las provisiones de cualquier acuerdo comercial multilateral o bilateral en que vaya a entrar los Estados Unidos y que se ocupe de propiedad intelectual refleje un estándar de protección similar al que se encuentra en las leyes de Estados Unidos” (traducción propia).

cance resultado del NII que incluye múltiples medidas de fortalecimiento de los derechos de los titulares¹⁰ y otras normas paralelas como la ya mencionada Sony Bonno Act. El resultado fue una norma modelo que va mucho más allá de ADPIC y será la base de las negociaciones de los tratados de comercio de EE.UU.

La primera fase de esa aproximación vertical en la agenda bilateral probó ser exitosa en su propósito por elevar y fortalecer la protección de los derechos de los titulares usando como referencia las normas de Estados Unidos, la DMCA especialmente. En esa primera fase de armonización vertical, EE.UU. propone a sus socios comerciales incrementar la porción de acceso al mercado norteamericano a cambio de aumentar la protección en propiedad intelectual más allá de lo solicitado por ADPIC. De esta forma ofrece facilitar que mercancías como bananos, textiles, flores, etcétera, accedan al mercado en EE.UU., si, entre otras condiciones, el país productor aumenta el plazo de protección para el derecho de autor, desarrolla un mecanismo de bloqueo de contenidos que ayude a los titulares en su lucha por la piratería *on line*, incluye la opción para los titulares de elegir indemnizaciones pre-establecidas, propone un marco legal para la aplicación efectiva de las MTP, etcétera.

Esta estrategia logró elevar en esa primera fase la protección de la propiedad intelectual en 11 países socios de EE.UU. que sólo representaban el 8,5% del comercio internacional de Estados Unidos (Flynn, Baker, Kaminski & Koo, 2012, p. 110), una prueba exitosa.

El uso de una estrategia vertical, a través de acuerdos de comercio bilaterales, continúa en uso por EE.UU. en todas las negociaciones con socios comerciales y es protagonista de las reformas que se están haciendo a los sistemas de derecho de autor a lo largo y ancho de la región durante la última década, en procesos largos y polémicos como los que hemos visto en Chile,¹¹ Perú¹² o Colombia.¹³

¹⁰ También en 2008, con la DMCA, se aprobó la conocida como Sonny Bono Copyright Act que amplió el término de protección por derecho de autor: pasó del mínimo internacional de ADPIC de 50 años a 70 años después de la vida del autor y 120 años después de la creación o 95 después de la creación cuando el titular sea una persona jurídica.

¹¹ En el artículo "En busca de equilibrios regulatorios: Chile y las recientes reformas al Derecho de Autor" Daniel Álvarez Valenzuela recapitula los procesos de reforma a la legislación chilena (ver Álvarez, 2011).

¹² Por ejemplo la plataforma de sociedad civil peruana "internet es nuestra" <http://www.hiperderecho.org/internetesnuestra/> busca articular la resistencia a una implementación inconsulta de obligaciones del TLC en Perú.

¹³ En artículos como "#LEYLLERAS, crónica de una polémica social anunciada" de Carolina Botero se pueden encontrar recuentos sobre este tema (puede consultarse Botero, 2011).

El éxito de esa primera fase vertical enfocada en los TLC bilaterales, sirvió de base para una siguiente etapa que consistió en la búsqueda de los objetivos armonizadores a través de acuerdos TLC plurilaterales. Esta nueva táctica se inicia con la negociación del Acuerdo Comercial contra la Falsificación -ACTA, por su sigla en inglés significa Anti-Counterfering Trade Agreement-, y sigue en el TPP.

ACTA es un acuerdo plurilateral entre un grupo de países geográficamente diverso pero de contexto muy similar (en general de ingresos altos en cada región): Estados Unidos, Japón, Corea, la Unión Europea, Suiza, Australia, Nueva Zelanda, México, Singapur y Marruecos. Su objetivo era establecer el modelo que debería seguirse, pues sería la base de un acuerdo global.¹⁴ Estados Unidos se encargó de proponer y movilizar que la metodología de negociación estuviera basada en el modelo secreto usado en los procesos de negociación bilateral y no en el modelo más abierto y horizontal de la OMPI o la OMC. Sin embargo, precisamente esa falta de transparencia y las disposiciones agresivas, que van más allá de ADPIC para el derecho de autor, ha supuesto una importante resistencia por los grupos de la sociedad civil de los países suscriptores. Aunque se acordó un texto en 2012 que se abrió a firmas, no es descabellado afirmar que el acuerdo está congelado, pues los países tienen problemas para adoptarlo debido esencialmente a que es impopular.¹⁵

La resistencia logró que, por ejemplo, la Unión Europea no haya podido ratificarlo, que en México y Japón se hayan presentado importantes oposiciones o que en EEUU, donde el gobierno defiende que no hay lugar a la ratificación por el Congreso dado que el acuerdo no es un tratado internacional, exista una polémica constitucional sobre la naturaleza jurídica para obligar a su paso por el Congreso donde la sociedad civil espera conseguir visibilizar su resistencia.¹⁶

Es importante agregar en este punto que algunas de las disposiciones sobre propiedad intelectual presentes en el TPP formaron parte de las fallidas reformas

¹⁴ Ésta es la forma como la sociedad civil empieza a señalar al acuerdo. Es lo que hace Gwen Hinze para la Electronic Frontier Foundation (EFF) en sus noticias en 2009 cuando titula "Leaked ACTA interent provisions: Three Strikes and a Global DMCA" (Hinze, 2009) y aparece en numerosos documentos académicos (como el de KATZ & HINZE, 2009). Fue también objeto de análisis político como se deriva de la recomendación realizada por el Parlamento Europeo a la Comisión en relación la firma de ACTA (European Parliament, 2012).

¹⁵ Las protestas desencadenadas en Polonia en 2012 (The Associated Press, 2012) por la firma que este país dió al ACTA y pidiendo que no fuera ratificado por Europa, se extendieron por toda la región y consiguieron actos como firmas de oposición de millones europeos en corto tiempo (ver Stevenson, 2012). Como resultado Europa no ratificó el tratado que era altamente impopular (ver Meyer, 2012).

¹⁶ La polémica existe entre la visión de la USTR (que está recogida en LOVE, 2011) y algunos congresistas (como aparece en ANDERSON, 2012), la cual explica el profesor Sean Flynn (Flynn, 2012).

al copyright interno de EE.UU. conocidas como SOPA y PIPA¹⁷ durante 2012. La importancia de este hecho se materializa en que de ser aprobadas estas disposiciones de SOPA y PIPA presentes en el TPP tendrán un efecto contradictorio, pues las normas que fueron rechazadas localmente serán impuestas a los ciudadanos de EE.UU. vía un tratado multilateral (Furche, 2013, p. 32 y subsiguientes).

Y es que, paralela a ACTA, la agenda de armonización global para la propiedad intelectual impulsada por Estados Unidos mantiene otro frente abierto con el Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica -TPP por sus siglas en inglés, se refiere al Transpacific Partnership Agreement-. El TPP fue una iniciativa anterior a ACTA pero está en proceso de negociaciones y actualmente incluye a tres países de América Latina: Chile, Perú y México.

Oficialmente, se sabe poco del TPP. A pesar de que ya completa varios años de negociaciones, al público en general, a los parlamentarios de los países socios y a las organizaciones de la sociedad civil interesadas, se les ha negado el acceso al texto que se negocia. En este contexto, no deja de sorprender la polémica que se dió en el Congreso de Estados Unidos, en donde se cuestionó que los parlamentarios no tengan acceso al texto que se negocia pero que la USTR sí les de acceso directo a las grandes corporaciones a la herramienta en línea que lo hospeda.¹⁸ Se trató de un reclamo que a la hora de la verdad no tuvo resultados prácticos: la fórmula de negociación se mantiene.

Estamos entonces frente a un tratado de amplio alcance que actualmente es impulsado por EE.UU. dentro de una política pública que supone el fortalecimiento y la armonización del derecho de autor que es liderada por su industria de contenido, desarrollada en la era pre-Internet.

III. No aprendemos de la experiencia, el caso de la ampliación del plazo de protección del derecho de autor y de las disposiciones sobre prestadores de servicio de internet.

Considerando el marco descrito es importante entender que el análisis que haremos en este documento de un par de las disposiciones concretas del TPP se sustenta esencialmente en chismes. Dado que la metodología de negocia-

¹⁷ SOPA significa “Stop Online Piracy Act” y PIPA es la sigla para “Protect IP Act”. Después de una importante resistencia civil que tuvo ecos fuera de los límites geográficos de EE.UU., que llevó incluso a una huelga de Wikipedia de un día, los proyectos fueron retirados del Congreso

¹⁸ Como aparece registrado en una nota de Mike Masnick publicada en Techdirt (Masnick, 2012).

ción del TPP se basa en el secreto y por tanto los países negociadores no han hecho públicos los textos oficiales que negocian. Lo que sabemos del TPP se basa en un análisis contextual como el descrito que permite tener claridad sobre los intereses en juego, y más concretamente en declaraciones y comunicados de prensa de los negociadores y, sustancialmente, en textos filtrados a la opinión pública

A diferencia del ACTA, donde se congregan países similares especialmente en lo relacionado con su nivel de ingresos dentro de las regiones en las que se desenvuelven, se afirma que el TPP reúne a países sustancialmente diferentes (Sell, 2011 & Furche, 2013).

El TPP es un tratado de comercio que incluye un agresivo capítulo de derecho de autor, con el que se incrementa el estándar de protección acordado en ADPIC usando como modelo la reforma al derecho de autor de EE.UU. en 1998. Dado que se trata de una estrategia de expansión de su modelo legal que se ha perfeccionado con el tiempo, EE.UU. ha aprendido de las negociaciones del TLC y una de las razones para considerar especialmente agresivas las disposiciones del TPP es su lenguaje, pues deja menos espacio a la implementación local del que suponían los TLC

El último texto del capítulo de propiedad intelectual filtrado (Knowledge, 2011) nos permite reconocer en el TPP varias de las demandas que EE.UU. ha formulado en los foros internacionales durante las últimas décadas, demandas que se soportan esencialmente en su afán comercial, el de los intereses de una industria de contenidos que defiende el modelo de negocio desarrollado con tecnologías pre-Internet, como ya describimos en este documento.

La intención del capítulo de propiedad intelectual del TPP en general, y de las disposiciones sobre derecho de autor en particular, es incrementar la protección para los titulares de derecho de autor, armonizando las disposiciones de los países socios con un estándar que, con el empuje de EE.UU., usa como modelo su normativa local, pero va más allá desconociendo los problemas que las disposiciones planteadas en el TPP ya han experimentado al ser implementadas (al menos en versiones parciales) a través de algunos TLC.

Conscientes de las presiones que pueden existir para la suscripción de este acuerdo lo cierto es que cada una de las disposiciones propuestas deben ser analizadas, revisar la forma como ya han sido utilizadas durante la fase de expansión vertical a través de los TLC bilaterales e identificar los problemas que pueden surgir de esa implementación. Sólo así se podrá establecer posibles opciones o textos alternativos que representen mejor los intereses de cada país. Con el fin de ilustrar estas opciones no proponemos revisar dos de las disposiciones que se conocen como exigencia del TPP, el aumento de plazo y la creación

de incentivos legales para Proveedores de Servicio de Internet basado en la implementación de un mecanismo privado de bloqueo de contenidos y usuarios.

El TPP afianzará la tendencia en la desprotección y desconocimiento del valor del dominio público para una sociedad creativa e innovadora

El TPP ampliará el plazo de protección de derecho de autor a favor de los titulares. Recordemos que los países que han suscrito TLC con EE.UU. ya han extendido el plazo mínimo de protección del derecho de autor, que en ADPIC es de 50 años, a 70 años. Con el TPP lo llevarán a 95 años en relación con algunas obras.

La constante ampliación del término de protección parte de la idea de que un plazo mayor es mejor para autores y titulares. Pero no solo esto no está probado (HEALD, 2013), sino que la limitación temporal para la protección es uno de los elementos de equilibrio del derecho de autor que busca reconocer el interés público¹⁹ propio de este sistema legal. El incremento indiscriminado y generalizado del plazo de protección atenta contra el acceso de la sociedad a la información y el conocimiento, que son esenciales para garantizar derechos como la educación, la salud, la información, la ciencia, etcétera.

El derecho de autor es un grupo de normas jurídicas que buscan incentivar la creatividad y la innovación concediendo un monopolio legal de explotación temporal de la obra a su creador. Por tanto, las normas que lo integran reconocen que se trata de un ecosistema que supone no sólo el monopolio sino que también lo conforman los mecanismos para garantizar que circule la información y el conocimiento que contienen las obras protegidas. Así, el derecho de autor no es sólo una protección para los creadores, sino que también está enmarcado en la “temporalidad” (la protección no es eterna, sino que es limitada en el tiempo) que le permite a la sociedad, nada más ni nada menos que aprovechar los resultados del desarrollo intelectual y reutilizarlo. De hecho, durante siglos el sistema de derecho de autor funcionaba sólo para las obras que se registraran, pues la concepción original del derecho de autor era que la protección legal se daba sólo a quienes la reclamaban (así, las obras en general nacían en el dominio público y las que quedaban en el dominio privado eran la excepción). El registro

¹⁹ La defensa del dominio público frente a la tendencia proteccionista ha resultado en iniciativas como la del “Manifiesto por el dominio público” que puede consultarse en <http://publicdo-mainmanifiesto.org/>

cumplía así un carácter constitutivo del derecho, que cambió con la implementación del convenio de Berna. Durante el siglo xx la adhesión de los países a este acuerdo supuso modificar el efecto del registro. En adelante la protección no dependiera del registro, con la inclusión de Berna en las normas locales toda obra desde el momento de su creación sería protegida, de ese modo la función del registro pasó a ser simplemente declarativa del derecho.

La posibilidad de detener la tendencia a incrementar el plazo, para recuperar algo del equilibrio del derecho de autor a favor de la sociedad en general, parece muy difícil como lo demuestra lo que ha sucedido en Inglaterra, en donde desde hace años se discute el tema, también bajo la presión de la obligación del TLC con EE.UU. pero a pesar de las evidencias e incluso alternativas para moderarla el plazo se ha ido extendiendo.

En 2006 Don Foster presentó ante el Congreso inglés (United Kingdom Parliament records, 2006) una propuesta que moderaba la ampliación del plazo que se discutía para los fonogramas musicales (el paso a los 70 años), buscaba una ampliación que no fuera general sino sólo a petición de quien estuviera interesado en ella.²⁰ Se trataba de una propuesta creativa que no es del todo innovadora pues planteaba simplemente regresar en algunos dominios a la forma de protección anterior a Berna que como explicábamos atrás dependía del registro, no era general. La propuesta reconocía y recogía las preocupaciones del lobby corporativo, pero también hablaba de la preocupación de la sociedad sobre el efecto que tienen extensiones muy amplias en relación con el patrimonio cultural de un país,²¹ por ejemplo.

En diciembre de ese 2006 se publicó el informe independiente sobre propiedad intelectual, encargado por el gobierno británico a Andrew Gower (Gowers Review, 2006). En el informe se afirmaba que en general el sistema legal inglés en propiedad intelectual era fuerte, sin embargo Gower presentaba 54 recomendaciones de ajustes, entre ellas indicaba que la Comisión Europea no debía incrementar el plazo de protección para la música más allá de los 50 años. Afirmaba Gower que a pesar de la disparidad en el plazo de protección existente entre las legislaciones de Inglaterra y EE.UU., no encontraba evidencia de que

²⁰ Una propuesta que regresaría a las lógicas de las normas de derecho de autor y copyright 100 años atrás, donde la protección se daba a quienes registraran la obra, es decir el registro tenía un carácter constitutivo del derecho y no sólo declarativo como es la norma mundial actual gracias al Convenio de Berna.

²¹ Para el efecto Don Foster cita el estudio de la Biblioteca del Congreso de EE.UU. realizado por Tim Brooks quien en agosto de 2005 señalaba que en promedio de las diferentes épocas sólo el 14% de la música controlada por los titulares está disponible (Brooks, 2005, p. 7).

hubiera impedimentos a la creatividad inglesa por este concepto, es decir recomendaba no modificar la situación.

Posteriormente, en mayo de 2011, el gobierno inglés publicó un nuevo informe sobre propiedad intelectual, esta vez encargado al profesor Ian Hargreaves (Hargreaves, 2011). El informe reconoce que la justificación esencial para las extensiones del plazo de protección se han centrado en legítimas demandas sobre cultura, justicia y “remuneraciones justas” y que estos argumentos han dominado el debate dejando de lado la “evidencia económica” que establece que “la posible pérdida de eficiencia de la economía supera cualquier efecto incentivador adicional que pudiera derivarse de la ampliación del plazo de protección más allá de sus niveles actuales. Esto es doblemente cierto (sigue Hargreaves) respecto de la extensión retroactiva de la protección del derecho de autor, dada la imposibilidad de incentivar la creación de obras ya existentes, o el trabajo de artistas ya muertos” (Hargreaves, 2011, p. 19). La recomendación del informe Hargreaves era la de evaluar la evidencia económica antes de ampliar nuevamente el plazo de protección.

Precisamente durante la discusión en Europa el profesor Martin Kretschner, del Centre for Intellectual Property Policy & Management de la Universidad de Bournemouth, presentó un estudio mostrando cómo una extensión de 20 años para los derechos de autor en música supondría un costo de un billón de euros a las arcas de los europeos que irían en su mayoría al bolsillo de las disqueras. Al analizar esta propuesta Kretschner estableció que “el 72% de los beneficios financieros de esta extensión del plazo llegará a los sellos discográficos. Del 28% que irá a los artistas, la mayoría del dinero se irá para las grandes súper estrellas, sólo el 4% irá a esos músicos que se mencionan en el comunicado de prensa del Consejo de Europa como quienes enfrentan una brecha de ingresos al final de sus vidas” (Center for Intellectual Property Policy & Management-Bournemouth University, 2011).

En contravía de la evidencia económica y de las diferentes recomendaciones Inglaterra apoyó la extensión del plazo para la música en Europa e hizo otro tanto localmente.

Así las cosas el desarrollo del tema es poco alentador para pensar que en un contexto de presión como el del TPP para países de América Latina, la situación pueda llegar a ser sustancialmente diferente. En la región no tenemos siquiera análisis locales sobre el impacto económico o de afectación patrimonial y las decisiones se toman exclusivamente bajo la premisa “mayor plazo, mayor beneficio”.

Sin olvidar este contexto y que en varios de los países de la región el plazo se ha incrementado a 50 y 70 años para cumplir con ADPIC o con la obliga-

ción TLC con EE.UU. respectivamente, sin prácticamente análisis público distinto del de “es una obligación internacional”, ¿Pueden nuestros países tener una visión crítica diferente y comenzar a plantear opciones alternativas para evitar la tendencia generalizada a la ampliación del plazo?

La resistencia en contra de esa tendencia y los movimientos civiles²² en la región van haciendo que nuestros países analicen los impactos negativos de esta medida y pueden ejercer presión para construir una voluntad política que desvíe la tendencia. Para ello, se debe continuar trabajando en reconocer beneficiarios y perjudicados de estas decisiones en nuestro contexto, valorar internamente las posibilidades del dominio público para el desarrollo de nuestras sociedades, mientras paralelamente se pueden construir alternativas creativas que dejen de lado los simples aumentos de protección indiscriminada y hagan frente a las presiones, pero todo esto pasa por la necesidad de abrir el debate y revisar los temas más allá de los argumentos del lobby tradicional para analizar las afectaciones a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El TPP busca establecer un sistema más agresivo de colaboración de los Prestadores de Servicio de Internet

El TPP buscará que los países ofrezcan incentivos relacionados con la exoneración de responsabilidad para los intermediarios por las presuntas infracciones al derecho de autor que cometan sus usuarios de Internet. Para ello la ley les ofrecerá implementar un mecanismo legal para bloquear contenidos y usuarios que, en opinión de los titulares, violen el derecho de autor. Estos mecanismos existen desde la DMCA y han sido exportados por EE.UU. a las legislaciones de sus socios comerciales a través de los TLC bilaterales.

Sin embargo, la propuesta del TPP va más allá de lo establecido en el DMCA, en cualquier TLC firmado por EE.UU. o en ACTA. Los firmantes del TPP deberán condicionar las exoneraciones de responsabilidad para las PSI a

²² En el artículo “El Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica (TPP), un nuevo foro internacional que limita el ejercicio democrático legislativo” se presenta el TPP como el último foro en el que EE.UU. usa un mecanismo de *lavado de políticas* que como en el caso del *lavado de activos*, “el fin es ocultar la fuente para hacer lo que no se puede hacer por medios legítimos”, pero el efecto se puede reconocer en experiencias anteriores en la región como el rechazo a ACTA en México, el proceso de las Leyes Lleras en Colombia o la aprobación de las obligaciones de derecho de autor en Panamá. Se puede consultar en <http://karisma.org.co/?p=2270>

que implementen mecanismos no sólo para bloquear contenido sino que es más claro respecto de desconectar usuarios presuntamente infractores. El TPP obligará a los PSI a implementar mecanismos de terminación de las cuentas para quienes sean infractores recurrentes, es decir, lo que se conoce como modelos estilo “tres strikes”. Para hacer esto en los países suscriptores de TPP se identificarán presuntos infractores (pues supone revisar datos privados de sus usuarios) y suministrar su información a los titulares, además el TPP obligará a que se bloquee no sólo contenidos aislados sino también páginas enteras.

Cualquiera de estas disposiciones es altamente controversial, privilegia el interés de los titulares por controlar sus contenidos y olvida la dimensión de afectación al interés público detrás de la aplicación indiscriminada de tales medidas. Pero, dado que hablamos de dar a los titulares el poder de bloquear información y a quienes la distribuyen, utilizando un mecanismo privado esta medida se relaciona fuertemente con el derecho a la libertad de expresión y a las inequidades que suele acompañar al poner esa potestad en manos de privados sin el cumplimiento de normas del debido proceso y en contravía con las garantías para la privacidad.

Lo primero es afirmar que las disposiciones sobre posible responsabilidad de los PSI por las presuntas infracciones que puedan cometer sus usuarios deben ajustarse a principios internacionales de derecho que están recogidos en la Declaración Conjunta sobre Internet realizada por los relatores especiales para la libertad de expresión de las Naciones Unidas, de la Organización de Estados Americanos, quienes en junio de 2011 (OEA-Comunicado de prensa, 2011), manifestaron que:

“2. Responsabilidad de intermediarios

- a. Ninguna persona que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet como acceso, búsquedas o conservación de información en la memoria caché deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de estos servicios, siempre que no intervenga específicamente en dichos contenidos ni se niegue a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo (“principio de mera transmisión”).
- b. Debe considerarse la posibilidad de proteger completamente a otros intermediarios, incluidos los mencionados en el preámbulo, respecto de cualquier responsabilidad por los contenidos generados por terceros en las mismas condiciones establecidas en el párrafo 2(a). Como mínimo, no se debería exigir a los intermediarios que controlen el contenido generado por usuarios y no deberían estar sujetos a normas extrajudiciales sobre cancelación de contenidos que no

ofrezcan suficiente protección para la libertad de expresión (como sucede con muchas de las normas sobre “notificación y retiro” que se aplican actualmente)”.

No es entonces una medida que pueda tomarse libremente simplemente como un aspecto aislado del comercio. De hecho, respecto a la posibilidad de suspender la conexión de Internet de los ciudadanos de un país se debe considerar específicamente que la capacidad de Internet para el ejercicio de la libertad de expresión supone que “los Estados tienen la obligación de promover el acceso universal a Internet y no pueden justificar bajo ninguna razón la interrupción de ese servicio a la población, ni siquiera por razones de orden público o seguridad nacional. En principio, cualquier medida que limite el acceso a la red es ilegítima, a menos que cumpla con los estrictos requisitos que establecen los estándares internacionales para ese tipo de acciones” (OEA-Comunicado de prensa, 2011).

La propuesta filtrada del TPP va más allá del estándar internacional ADPIC, pues en este tratado no hay disposiciones de este tipo. Va más allá de la DMCA pues en esta ley no hay un esquema de cancelación de conexión para usuarios modelo “tres strikes”.²³ Por último, va más allá de los TLC negociados a la fecha por EE.UU. puesto que en ellos se dan sugerencias para implementar un esquema parecido al de la DMCA pero hay un margen para la implementación.

Los TLC con EE.UU. han impulsado el desarrollo en el mundo de mecanismos de bloqueo de contenidos e incluso de bloqueo de usuarios, implementando una serie de requisitos que los PSI deben cumplir para no ser responsables de las posibles infracciones que sus usuarios cometan. Cuando los PSI hacen lo que la ley les dice se ubican a sí mismos en lo que se conoce como “un puerto seguro” legal que además tiene como función central combatir la piratería al disminuir la oferta de los contenidos piratas en la Red. Estos sistemas se han ido desarrollando con base en una amplia diversidad, como veremos más adelante. Por otra parte, los modelos “tres strikes” buscan combatir ya no los contenidos sino a los usuarios que los descargan, para ello se incluyen incentivos legales para que los PSI construyan mecanismos de desconexión de la Red a los “infractores recurrentes”.

El trasplante de estas obligaciones legales para los países que negocian el TPP desconoce las críticas a un sistema que ya tiene más de una década de uso, que desconoce el marco jurídico de la libertad de expresión²⁴ pero también el

²³ Actualmente un esquema similar se aplica en EE.UU. pero es el resultado de una negociación del Estado con algunos grandes intermediarios de Internet, no de una decisión legal.

²⁴ El informe de Frank La Rue, relator especial para la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión de la ONU (ver La Rue, 2011) y la Declaración Conjunta de las Relatorías de Libertad de Expresión acerca de Internet ya mencionada (ver OEA-Comunicado de prensa, 2011), explican esto en forma detallada.

concepto mismo de un mecanismo de notificación y retiro privado. Carlos Cortés (Cortes Castillo, 2013) recogió algunas críticas al sistema y recordó como desde hace 15 años ese sistema implementado en la DMCA es un mecanismo desproporcionado en contra de los ciudadanos que privilegia el interés de los titulares por controlar el contenido. Sin importar si el uso que se hace es legal o no, “la solicitud de retiro es sencilla y sin carga probatoria alguna: el titular del material solo debe declarar de buena fe que considera que existe un uso infractor. Y, sobre todo, el titular no asume ningún costo inmediato por solicitudes desproporcionadas, generales o abiertamente equivocadas” (Cortes Castillo, 2013, p. 5). Incluso mencionó como cada día es más corriente que la solicitud esté automatizada y sean por tanto masivas las peticiones de bloqueos sin que sea posible un control mínimo de pertinencia. Por su parte la PSI actúa motivada por evitar el riesgo que supone un pleito y que se incrementa cuando el presunto titular ya lo hace conocedor de una posible infracción, sí tampoco la PSI está motivado a verificar la veracidad de la posible infracción o si el uso es legítimo (cuando, por ejemplo su usuario está en los supuestos de una excepción legal al derecho de autor. Cortes Castillo, 2013, p. 5).

Pero, adicionalmente, hay críticas que se enfocan a que el riesgo de afectar el derecho a la libertad de expresión depende en gran medida de la forma como se implemente el mecanismo. Los textos de los TLC han permitido un margen de implementación y el desarrollo de modelos diversos al de la DMCA, “el privado (que se desarrolla ante el ISP quien recibe la notificación y hace el retiro del contenido, como sucede en EEUU), el administrativo (aunque puede que la notificación se haga ante la ISP el retiro del contenido lo hace una autoridad pública de tipo administrativo, como sucede en España o Francia) y el judicial (la notificación se hace ante la ISP pero el procedimiento de retiro es a través del juez, como sucede en Canadá, Australia o Costa Rica, y en ocasiones el procedimiento es totalmente ante el juez, como sucede en Chile).²⁵ La presunción de inocencia, el debido proceso, la intimidad y las garantías para el ejercicio de derechos fundamentales como el de la libertad de expresión han estado en el eje de la discusión en cada país para determinar un modelo u otro y esa diversidad es precisamente el resultado de la discusión cuyo acierto o problemática dependerá de quien lo analice pero que da cuenta

²⁵ En el desarrollo de un documento para el colectivo colombiano RedPaTodos sobre los procedimientos de notificación y retiro de contenidos que involucra a los Proveedores de Servicio de Internet -PSI o ISP por su sigla en inglés- (ver Colectivo RedPaTodos, 2012) identificamos que la implementación de los TLC en este tema ha supuesto el desarrollo de esos tres modelos.

de un mínimo de juego soberano que les queda a los países que negocian los TLC. Y es que, frente a esta variedad el texto filtrado del TPP hará que los países firmantes adopten un sistema de notificación y retiro privado a imagen y semejanza del de la DMCA (realizado por el PSI a petición del presunto titular) y que, yendo más allá de la DMCA, incluya incentivos para que la PSI adopte un esquema estilo “tres strikes” similar al que en EE.UU. se está implementando, no por ley sino mediante acuerdos entre el estado e intermediarios de Internet poderosos (Google, Facebook o Yahoo, por ejemplo), para desconectar de Internet a *infractores recurrentes*.

La exportación de un mecanismo de incentivos a favor de las PSI que cooperen con el bloqueo de contenidos ha sido una de las grandes novedades de los TLC con EE.UU. que aún está en proceso de implementación en la región y que, como ya mencionamos, ha sido objeto de importantes retos y discusiones en Chile, Colombia, y Perú, por ejemplo. Las obligaciones del TLC, con diferentes grados de dificultad, se han ido implementando en la región para fortalecer los estándares de protección del derecho de autor en general. Si no se da un margen para evaluar y afianzar esas experiencias y se insiste la DMCA sea el modelo a seguir se desconocen los problemas identificados en más de una década de existencia de la ley, sus incompatibilidades con otros sistemas legales y se ignora la capacidad legislativa de los socios. Y aún así, quizá el punto de mayor exageración sobre la implementación de un sistema privado de notificación y retiro es la posibilidad que se abre con el TPP de generalizar el uso de los “tres strikes”.

Plantear la desconexión de usuarios de Internet supone una amenaza a los derechos fundamentales de los ciudadanos, que cada vez más usan Internet para ejercer derechos fundamentales. En Colombia, por ejemplo, el acceso a la salud de las clases más desfavorecidas pasa por imprimir un “carnet del Sisben” al que se accede para su impresión por Internet, los cupos escolares se están asignando por esta vía, sin hablar de las dimensiones relacionadas con el derecho a la libertad de expresión que ya hemos mencionado y que van más allá de informarnos, a informar y a acceder a la información que deseemos. La suspensión de la conexión por usuarios excede los alcances del principio de necesidad relacionado con las sanciones para infractores dentro de los estándares internacionales (La Rue, 2011) considera principios locales como el de proporcionalidad que se considera en las legislaciones locales o los límites que suponen las legislaciones de los consumidores.

Los “tres strikes” es un modelo de lucha contra la piratería online, las descargas P2P, que implica que alguien (el PSI o una autoridad independiente) advierte a los usuarios que sean identificados descargando contenido protegido

que están cometiendo una infracción,²⁶ la tercera vez (o el número que se establezca en la política) que reciben esta advertencia se procede a bloquear al usuario sin siquiera verificar si la infracción fue tal o estaba justificada, incluso sin lograr establecer si el usuario fue el infractor.²⁷

La implementación generalizada de los “tres strikes” violenta los derechos de los ciudadanos y es además una iniciativa inaplicable, como lo demuestra lo que ha sucedido con su implementación en Francia. Los “tres strikes” forman parte de la ley francesa conocida como Hadopi (del francés “Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet”), que implementó la Directiva Europea, que a su turno implementó esta obligación derivada del TLC entre Europa y EE.UU.

Los socialistas demandaron desde el principio ante el Consejo Constitucional Francés como inconstitucional el eje de los “tres strikes”, la posibilidad de que se desconectara a un usuario. En 2009 el Consejo Constitucional les dio la razón indicando que esto sólo era posible cuando lo hacía un juez respetando la presunción de inocencia y el debido proceso. Adicionalmente, afirmó el alto tribunal francés, que la facultad judicial es la que garantiza la libertad de expresión en los términos de la Declaración de los Derechos Humanos pues esta implica también “la libertad de acceder a los servicios de comunicaciones al público en línea”. Ajustado un poco el esquema la disposición continuó hasta que se presentaron los resultados de un informe hecho a petición del gobierno francés a Pierre Lescure (exdirector del grupo Canal+) en 2012, titulado “Mission de concertation sur les contenus numériques et la politique culturelle à l’ère du numérique”.

²⁶ Posiblemente porque si bien la regla general en la ley de derecho de autor es que el uso debe ser autorizado por el titular, lo cierto es que muchas veces se hacen usos que responden a un uso autorizado por la ley, bien porque el contenido ya está en dominio público, bien porque es un uso que cae dentro de una “excepción o limitación”. Adicionalmente, la determinación de que quien se queja por el uso es el titular legitimado para actuar es otro aspecto que suele ser débilmente comprobado en este tipo de sistemas.

²⁷ Hay fallos en recientes como el de *Hard Drive Production vs Does* de la Corte Federal del Distrito de Columbia, en 2011 (puede verse *Digital Media Law Project*, 2012). En 2011 en Inglaterra el juez Colin Briss en un fallo afirmó que “simplemente identificando que en una dirección IP ha estado involucrada con la infracción (no hace) claro para mí que la persona identificada pueda estar infringiendo de una forma o de otra” como lo indicaba *El Telegraph* el 9 de febrero de 2011 (ver *The Telegraph*, 2011). En Francia en 2010, la Corte de París siguió el precepto establecido por la Corte de Casación y estableció que como la dirección IP no permite identificar a un usuario de Internet no se requiere autorización previa de la Comisión Nacional para Tecnologías de la Información y Libertades Civiles (CNIL) para obtenerla (Ver *Digital Civil Rights in Europe*, 2010), aunque no estemos de acuerdo con la conclusión que niega el carácter de “dato personal” lo cierto es que la base de esta decisión fue que IP por sí misma no identifica al usuario.

El informe presentado en mayo de 2013 (Lescure, 2013), incluye una serie de recomendaciones para la política cultural francesa en la era digital, entre ellas, abolir la comisión Hadopi, cuyas funciones deberían pasar a la autoridad de audiovisuales, suprimir la pena de desconexión de Internet para los usuarios, sustituyéndola por multas, y reemplazar el foco de la política antipiratería, que no debería ser el usuario sino los intermediarios financieros de la piratería a gran escala con ánimo de lucro. La conclusión de Lescure es que, a pesar de la financiación y de los poderes, los resultados de Hadopi en la “lucha contra la piratería” son pocos y con altos costos.

El 8 de julio del presente año, la Ministra de Cultura y de la Comunicación de Francia expidió el Decreto No. 2013-596 mediante el cual se suprime la pena de desconexión a usuarios de Internet, haciendo eco rápidamente a una medida que de hecho no había sido aplicada en los años de existencia de Hadopi (éste órgano sólo impuso una multa). La experiencia francesa va en contravía de las disposiciones del TPP que busca implementar los tres strikes como modelo. No sólo la medida es abiertamente violatoria de los derechos fundamentales sino que además no es aplicable en la práctica.

No debemos perder de vista además que para implementar una disposición de este tipo los PSI deberán identificar presuntos infractores y para hacerlo tendrán que revisar datos privados de sus usuarios y entregarlos a los titulares, todas estas acciones no pueden ser adoptadas a la ligera. Hoy en día estas medidas deberán ajustarse a normas sobre protección de datos que eran inexistentes hace 10 años, pero que hoy buscan garantizar la intimidad de las personas con unos principios que deberán conciliarse con estas normas y que mostrarán una nueva dimensión de atropello que este mecanismo supone a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Las disposiciones que busca hacer obligatorias el TPP, mediante la creación de incentivos legales para que las PSI cooperen en el bloqueo de contenidos y usuarios, hacen aún más expeditos los procedimientos para los titulares en detrimento de derechos fundamentales de los ciudadanos como el debido proceso y la presunción de inocencia, afectan derechos como la libertad de expresión, acceso a la información, cultura, educación, ciencia, etcétera. Esto es todavía más evidente cuando el bloqueo no sólo se dirija a contenidos concretos sino a páginas enteras como lo pretende el TPP.

Los países latinoamericanos que negocian el TPP deben advertir este contexto y mantener las demandas para que cualquier mecanismo de exoneración de responsabilidad a los PSI a través de incentivos deba ajustarse al marco jurídico interno, no deben aceptar que les impongan modelos fuertemente criticados y que en la práctica no han funcionado.

Las obligaciones del TPP en el tema de incentivos para la colaboración de las PSI en el bloqueo de contenidos protegidos y desconexión de usuarios presuntamente infractores desconoce ampliamente la realidad actual y arrastrará a los países firmantes a repetir un camino costoso para las arcas públicas, impopular e inoperante, con el solo fin de bloquear contenidos y desconectar usuarios de Internet, estrategias que han demostrado no ser razonables, ser inaplicables, pero sobre todo, son violatorias de derechos fundamentales.

IV. El TPP propone afianzar una tendencia en derecho de autor que es costosa y no está ajustada a la realidad actual

La ausencia de información sobre el TPP y de participación multisectorial en su negociación ha limitado el debate público y evitado que importantes sectores de la sociedad expongan sus argumentos, dudas y opciones en forma eficiente, frente a los textos reales que se discuten.

Colombia no forma parte de la negociación actual del TPP pero no hay duda que ese resultado no es por ausencia de interés de su gobierno.²⁸ El caso de Colombia será el de muchos otros de la región, a diferencia de México, Chile o Perú -que están negociando-: los colombianos estamos en situación de mayor desventaja, condenados a mirar desde la barrera, sin derecho siquiera a protestar, reclamar o analizar el acuerdo aunque seguramente nos adheriremos al tratado en instancias donde el margen de negociación ya será mínimo o simplemente para firmar lo negociado, de ahí, que estemos obligados a visibilizar también nuestros comentarios.

Como se ha mostrado en este texto el TPP aunque pretende ser un acuerdo exclusivamente comercial tiene alcances más amplios. En temas de propiedad intelectual, y especialmente en derecho de autor, supone la defensa de un modelo de negocio importante para países desarrollados, que no ha considerado los efectos que el fortalecimiento de la posición de los titulares tiene sobre el ejercicio de derechos fundamentales, ni sobre la autonomía que los países puedan tener en la definición de sus políticas públicas de desarrollo.

²⁸ Así lo confirma el propio presidente colombiano, Juan Manuel Santos, en entrevista dada a Carl Meacham del Center for Strategic and International Studies -CSIC- y publicada el pasado 2 de julio. Colombia no sólo ha pedido el ingreso al TPP, que le ha sido negado por no pertenecer a APEC, sino que espera que cambie la situación política para que EE.UU. apoye tal solicitud (MEACHAM, C., 2013).

Si bien este documento se concentra en el análisis de la pretensión de EE.UU. por estandarizar el plazo de protección y algunas disposiciones relacionadas con los Prestadores de Servicio de Internet, similares estudios se pueden hacer con otras disposiciones sobre Medidas Tecnológicas de Protección (Organización Hiperderecho, 2013) o en otros temas como las indemnizaciones preestablecidas (Flynn, Baker, Kaminski & Koo, 2012). En términos generales las disposiciones del TPP irán más allá de lo que ADPIC o los TLC bilaterales con EE.UU. prevén. El TPP supone una estandarización de la forma de regular el derecho de autor dejando poco espacio para la implementación de los países socios, desconoce las críticas que esos sistemas han recibido en donde ya han tenido algún nivel de utilización, no cumplen con los principios internacionales de garantía para derechos fundamentales. Es importante resaltar que muchas de las disposiciones, y especialmente la visión, del capítulo de propiedad intelectual presentes en el TPP fueron rechazadas localmente por los ciudadanos de ese país y, si fueran aprobadas en el TPP, supondrían la contradicción de serles impuestas por la vía de un tratado internacional.

En la práctica el TPP plantea un escenario complicado para los países negociadores pues supone en esencia una renegociación de las condiciones del TLC con los países dentro del TPP con quienes ya tienen relaciones de este tipo sin que seguramente vaya paralelo con nuevos beneficios de acceso a sus mercados. Dado que EE.UU. es el principal promotor del fortalecimiento y estandarización de las normas de derecho de autor en el TPP con este acuerdo se renegocian las condiciones establecidas en sus TLC bilaterales, TLC que han sido negociados e implementados por sus socios comerciales recientemente, sin que a cambio el país del norte pueda ofrecer sustanciales beneficios comerciales adicionales.

En este sentido el chileno Carlos Furche afirma que “el TPP no es solamente un acuerdo comercial de carácter económico y comercial que busca contribuir a la creación de un área de libre comercio en la cuenca del Asia Pacífico. No se trata de una iniciativa políticamente neutral y el impacto político de su conformación tanto en la región asiática, como en algunos países de América del Sur, debe ser necesariamente incorporado en la evaluación que se haga desde Chile para definir su participación, entendiendo que están en juego opciones estratégicas de largo plazo respecto de la inserción internacional del país” (Furche, 2013), afirmación que es aplicable como reflexión a todos los países de la región con el agravante de que ni siquiera hemos conseguido terminar de implementar legalmente nuestros TLC con EE.UU. y nos veremos obligados a reformarlos sustancialmente, a lo que deberemos preguntarnos cada uno y todos juntos ¿dónde está el negocio para América Latina?

V. Bibliografía

- Alvarez Valenzuela, D. (12 de 2011). *Documento de Política 12- En Busca de Equilibrios Regulatorios: Chile y las Recientes Reformas al Derecho de Autor*. Recuperado el 2013, de International Center for Trade and Sustainable Development: <http://ictsd.org/downloads/2011/12/en-busca-de-equilibrios-regulatorios-chile-y-las-recientes-reformas-al-derecho-de-autor.pdf>
- Anderson, N. (20 de Marzo de 2012). *Sen. Wyden demands vote on American Copyright, patent treaties*. Obtenido de ArsTechnica:<http://arstechnica.com/tech-policy/2012/03/sen-wyden-demands-vote-on-american-copyright-patent-treaties/>
- Botero, C. (18 de Junio de 2011). *Crónica de una polémica social anunciada*. Obtenido de Colectivo RedPatodos: <http://redpatodos.co/blog/leylleras-chronica-de-una-polemica-social-anunciada/>
- Botero, C. (19 de Abril de 2013). *El Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica (TPP)*. Obtenido de Fundación Karisma: <http://karisma.org.co/?p=2270>
- _____. *Bournemouht University Centre for Intellectual Policy Management*. (2011). Obtenido de Bournemouht University Centre for Intellectual Policy Management: http://www.cippm.org.uk/copyright_term.html
- Brooks, T. (Agosto de 2005). *Survey of Reissues of U.S. Recordings. Commissioned for and sponsored by the National Recording Preservation Board, Library Congress*. Obtenido de Council on Library and Information Resources and Library of Congress, Washington D.C.: <http://www.clir.org/pubs/reports/pub133/pub133.pdf>
- _____. *Caso Hard Drive Productions, Inc. v. Does*. (2011). Obtenido de Caso número 1:11-cv-011741.JDB-JMFU.S. Corte del Distrito de Columbia: <http://www.dmlp.org/threats/hard-drive-productions-v-does>
- Colectivo, R. (17 de Mayo de 2012). *Posición de redpatodos frente a un procedimiento de notificación y retiro de contenido para Colombia*. Obtenido de Colectivo RedPaTodos: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-105publ304/html/PLAW-105publ304.htm>
- CONGRESS, P. L. (1998). *CONGRESS PUBLIC LAW*. Obtenido de DIGITAL MILLENIUM COPYRIGHT ACT: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-105publ304/html/PLAW-105publ304.htm>
- Consejo Constitucional, R. F. (10 de Junio de 2009). *Decisión No. 2009-580 DC*. Obtenido de Conseil Constitutionnel: <http://www.conseil-constitution>

nel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/2009/decisions-par-date/2009/2009-580-dc/decision-n-2009-580-dc-du-10-juin-2009.42666.html

- Cortés Castillo, C. (2013). *Documento 2: Mirar hacia el Norte es mirar hacia atrás: El impacto negativo de la DMCA. El mecanismo de notificación y retiro y las medidas tecnológicas de protección*. Obtenido de Fundación karisma: <http://karisma.org.co/wp-content/uploads/2013/07/Paper2ImpactoNegativoDMCA.pdf>
- Europe, D. C. (24 de Febrero de 2010). *French court says an IP address is not enough for a user's identification*. Obtenido de Digital Civil Rights in Europe: <http://karisma.org.co/wp-content/uploads/2013/07/Paper2ImpactoNegativoDMCA.pdf>
- Flynn, S. M., Baker, B. K., Kaminski, M. E., & Koo, J. (4 de Diciembre de 2012). *The U.S. Proposal for an Intellectual Property Chapter in the Trans-Pacific Partnership Agreement*. Obtenido de Social Research Network: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2185402
- Flynn, S. (20 de Mayo de 2012). *Wyden Amendment Needed to Challenge Dubious ACTA Justification*. Obtenido de Info Justice.org: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-105publ304/html/PLAW-105publ304.htm>
- Francais, R. (Julio de 2013). *Decret n1 2013-596 du 8 juillet 2013*. Obtenido de República Francesa: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027678782>
- Furche, C. (2013). *Chile y las negociaciones del TPP. Analisis del impacto económico y político*.
- Hargreaves, I. (Mayo de 2011). *Digital Opportunity a review of intellectual property and growth*. Obtenido de <http://www.ipo.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf>
- Heald, P. J. (5 de July de 2013). *How copyright makes books and music disappear*. Obtenido de Illinois Program in Law, Behavior and Social Science Paper: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2290181
- Hinze, G. (3 de Noviembre de 2009). *Electronic Frontier Foundation*. Obtenido de Leaked ACTA Internet Provisions: Three Strikes and a Global DMCA: <https://www.eff.org/deeplinks/2009/11/leaked-acta-internet-provisions-three-strikes-and>
- Hiperderecho. (2013). *Candados para el contenido digital*. Obtenido de Electronic Frontier Foundtion: http://www.hiperderecho.org/wp-content/uploads/2013/03/TPP_DRM.pdf
- _____ *Intellectual Property and the National information Infrastructure task Force*. (Septiembre de 1995). Obtenido de Technological Infrastructure task Force: <http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/ipnii.pdf>

- Katz, E., & Hinze, G. (2009). *The impact of the Anti-counterfeiting Trade Agreement on the Knowledge Economy: the accountability of the office of the U.S. Trade Representative for the Creation of IP enforcement Norms through executive trade agreements*. Obtenido de *The Yale Journal of International Law*: <http://www.yjil.org/docs/pub/o-35-katz-hinze-ACTA-on-knowledge-economy.pdf>
- Kingdom, U. (17 de Mayo de 2006). *Column 331 WH*. Obtenido de United Kingdom Parliament records: www.publications.parliament.uk/pa/cm/2006/0605/cmhansrd/vo060517/halltext/60517h0010.htm
- Knowledge, E. I. (10 de Marzo de 2011). *The complete Feb 10, 2011 text of the US proposal for the TPP IPR chapter*. Obtenido de <http://www.keionline.org/node/1091>
- La Rue, F. (16 de Mayo de 2011). *Report of the special rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. Obtenido de Asamblea General de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos 17º sesión: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf
- Lescure, P. (Mayo de 2013). *Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*. Obtenido de <http://www.culturecommunication.gouv.fr/content/download/67147/514848/file/Rapport%20Lescure%20Tome%202.pdf>
- Lessig, L. (2004). *The Free culture: How big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and control Creativity*. Obtenido de The Penguin Press: <http://www.free-culture.cc/freeculture.pdf>
- Love, J. (19 de Abril de 2011). *US Congress in not bound by ACTA*. Obtenido de Knowledge Ecology International: <http://www.keionline.org/node/1115>
- Mapper, W. (Agosto de 02). *Royalty Fees*. Obtenido de World Mapper: <http://www.worldmapper.org/display.php?selected=168>
- Masnick, M. (25 de Junio de 2012). *USTR Gives MPAA Full Online Access to TPP Text, But Still Won't share with senate staffers*. Obtenido de Techdirt: <http://www.techdirt.com/articles/20120622/23220319444/ustr-gives-mpaa-full-online-access-to-tpp-text-still-wont-share-with-senate-staffers.shtml>
- Meacham, C. (2 de Julio de 2013). *Why is colombia not in the Trans-Pacific Partnership?* Obtenido de Center for Strategic & International Studies: <http://csis.org/publication/should-colombia-join-trans-pacific-partnership>
- Meyer, D. (4 de Julio de 2012). *ACTA rejected by Europe, leaving copyright treaty near dead ZDNet*. Obtenido de <http://www.zdnet.com/acta-rejected-by-europe-leaving-copyright-treaty-near-dead-7000000255/>
- OAS. (1 de JUNIO de 2011). *Comunicado de Prensa R50/ 11 Relatorias de Libertad de Expresión, Washington D.C*. Obtenido de OAS: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=848&IID=2>

- OMC. (2013). Obtenido de http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/trips_s.htm
- Pallante, M. A. (20 de Marzo de 2013). *The register's call for updates to U.S. copyright Law*. Obtenido de <https://www.documentcloud.org/documents/623874-pallante-032013.html>
- Press, T. A. (2012). *Protesters rally across Polan to express anger at international copyright treaty*. Obtenido de The Spec: <http://www.thespec.com/news-story/2231069-protesters-rally-across-poland-to-express-anger-at-international-copyr/>
- Property, G. R. (Diciembre de 2006). *Gowers Review of Intellectual Property*. Obtenido de <http://www.official-documents.gov.uk/document/other/0118404830/0118404830.pdf>
- Sell, S. K. (23 de Junio de 2011). *Trips was never enough: vertical forum shifting, FTAS Acta and TPP*. Obtenido de Journal of intellectual Property Law: <http://infojustice.org/download/tpp/tpp-academic/Sell%20-%20TRIPS%20Was%20Never%20Enough%20-%20June%202011.pdf>
- Seltzer, W. (2010). Free speech unmoored in copyright's safe harbor: Chilling effects of the DMCA on the first amendment. *Harvar Journal of Law and Technology*, 24 (1).
- Siwek, S. (s.f.). *Copyright Industries in the U.S Economy: The 2011 Report*. Obtenido de International Intellectual Property Alliance (IIPA): <http://www.iipa.com/pdf/2011CopyrightIndustriesReport.PDF>
- Siwek, S. (2011). *Copyright Industries in the U.S. Economy: The 2011 Report*. Obtenido de International Property Alliance (IIPA): <http://www.iipa.com/pdf/2011CopyrightIndustriesReport.PDF>
- States, O. o. (2013). *The United States in the Trans-Pacific Partnership*. Obtenido de <http://www.ustr.gov/about-us/press-office/fact-sheets/2011/november/united-states-trans-pacific-partnership>
- Stevenson, A. (30 de Enero de 2012). *Acta: One Million Sign Protest Petition against Trade Agreement*. Obtenido de International Business Times: <http://www.ibtimes.co.uk/articles/289767/20120130/acta-protest-sign-poland-uk-censorship-petition.htm>
- Telegraph, T. (9 de Febrero de 2011). *Record indsutry dismisses judge's criticism of piracy evidence*. Obtenido de The Telegraph: <http://www.telegraph.co.uk/technology/news/8313225/Record-industry-dismisses-judges-criticism-of-piracy-evidence.html>
- Trade, C. o. (2012). *Draft Recommendation on the draft council decision on the conclusion of the Anti Countering Trade Agreement between te European Union and its Member states*. Obtenido de Eueopean Parliament: <http://www.euro>

parl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML
%2BCOMPARL%2BPE-486.174%2B02%2BDOC%2BPDF%2BV0//EN
US, C. O. (Diciembre de 1998). *The Digital Millenium Copyright Act 1998-Copy-
right Office Summary*. Obtenido de [http://www.copyright.gov/legisla-
tion/dmca.pdf](http://www.copyright.gov/legisla-
tion/dmca.pdf)