

ARTICLE 19

# Acuerdo de Asociación Transpacífico: Capítulo de Propiedad Intelectual

---

Legal analysis



# Resumen ejecutivo

---

El 13 de noviembre, Wikileaks publicaba el borrador completo del capítulo de propiedad intelectual del Acuerdo de Asociación Transpacífico (en inglés, TPP), que es un tratado multilateral de comercio que se negoció, en gran parte, en secreto entre doce países de la región Asia Pacífico. El borrador, que se extiende en noventa y cinco páginas, tiene fecha de agosto de 2013 y es la versión más actualizada de un documento que solo llegó al examen público gracias a una serie de filtraciones. Por primera vez, se ven cuáles son las posiciones de los doce países parte en las negociaciones del TPP.

En este análisis, ARTICLE 19 pasa revista a normas concretas del borrador del TPP referidas a derechos de propiedad intelectual, a fin de comprobar si cumplen con la normativa internacional en materia de derechos humanos

El texto que trascendió viene a confirmar muchas de las inquietudes que ARTICLE 19 y otros grupos de la sociedad civil habían expresado, a saber: que las propuestas impulsadas por Estados Unidos en el Capítulo de Propiedad Intelectual (PI), que muchas veces respaldaron Australia y Japón, iban a lesionar gravemente los derechos de los internautas a la libertad de expresión, a la intimidad y a las garantías del debido proceso en línea. Si se lo adopta, los países signatarios podrían verse obligados a implementar medidas de observancia de los derechos de autor mucho más restrictivas que las que exigen, en la actualidad, los tratados internacionales en materia de propiedad intelectual. Unos cuantos países, como Chile o Canadá, podrían verse forzados a modificar significativamente su legislación nacional en materia de derechos de autor, ante esta realidad de que se carece de control democrático, pues las negociaciones del TPP se mantuvieron, en su gran mayoría, en secreto.

Al mismo tiempo, el texto filtrado revela que existen profundas desavenencias entre las partes negociadoras, en lo que principalmente se refiere a los plazos para el derecho de autor, la responsabilidad de los intermediarios, la tipificación penal de infracciones sin fines de lucro a los derechos de autor y de las disposiciones sobre candados digitales. Contrariamente a los que sucede con las agresivas propuestas de Estados Unidos, países como Chile, Canadá y Nueva Zelanda, en general, procuran promover normas más equilibradas en materia de propiedad intelectual que amparen mejor los derechos de los usuarios de internet. Es, por ende, dudoso que los negociadores del TPP alcancen su objetivo de concluir el acuerdo para fines de 2013.

Es claro que el secretismo en las negociaciones del TPP se origina en el intento de evitar el examen público del documento. Ergo, a medida que las negociaciones se aproximan a su fin, ARTICLE 19 hace un llamamiento a los Estados miembros del TPP para que hagan público el texto borrador completo y actualizado del TPP, de modo de permitir así el examen profundo del acuerdo a manos de la totalidad de los interesados.

También instamos a los negociadores del TPP a que sigan las recomendaciones que realizamos en lo que respecta al amparo de los derechos fundamentales en el Capítulo de P.I. del TPP.

## **Síntesis de recomendaciones:**

1. Dadas las repercusiones potenciales del TPP sobre los derechos humanos, debería haber transparencia en las negociaciones: periódicamente, se deberían hacer públicos los borradores del acuerdo y las posiciones que asume cada Estado y se debería agregar un mecanismo que le permita a todos los interesados formular comentarios.

2. Los Estados miembros deberían someter el TPP a un examen riguroso, como parte del proceso de ratificación.
3. El TPP debería contener una norma que tratase los “objetivos” tras las propuestas originales que realizaron Nueva Zelanda, Chile, Perú, Vietnam, Brunéi, Malasia, Singapur, Canadá y México.
4. Las normas genéricas que traten de los “objetivos”, “principios” o de la “implementación” deberían hacer expresa referencia a la relevancia que tiene amparar los derechos a la libertad de expresión, a la intimidad al debido proceso y, de un modo más general, a los "derechos" de los usuarios.
5. Los archivos temporales deberían ser la clara excepción a la protección de los derechos de autor.
6. El plazo de vigencia de los derechos de autor no debería extenderse más allá de lo que resulta estrictamente necesario, de modo de no afectar el derecho a la libertad de expresión. En lo que respecta a las obras de invención humana, esto quiere decir que la protección al derecho de autor no debería exceder el lapso de vida de esta persona.
7. Deberían rechazarse categóricamente las propuestas para otorgarles protección retroactiva de la PI a materiales que ya son del dominio público.
8. Los intermediarios de internet deberían poder gozar de amplia exención de responsabilidad. No se debería fomentar que tuvieran que monitorear sus redes. Tampoco que tuvieran que implementar políticas de *la tercera es la vencida* (tres *strikes*). Nunca se debería autorizar la desconexión de la internet, con el fundamento de proteger los derechos de autor.
9. No deberían tipificarse las infracciones sin ánimo de lucro cometidas contra los derechos de autor.
10. No debería tipificarse la elusión de las medidas tecnológicas de protección (en inglés, TPM). Como mínimo, toda tipificación de la elusión de las TPM debería estar vinculada a un acto concreto de infracción contra los derechos de autor. Toda excepción dispuesta a las normas que tipifican la elusión de las TPM debería estar redactada en términos amplios.
11. Si la ley dispone que se abone indemnización por daño ante infracción sin ánimo de lucro, se le debería poner un tope de modo de que no se impusiera así una restricción desproporcionada sobre el derecho a la libertad de expresión.
12. Las limitaciones y las excepciones a los derechos de autor deberían redactarse en términos generales e interpretarse en sentido amplio.
13. No deberían intervenir tribunales arbitrales en el conocimiento de demandas por infracción a los derechos de autor.

# Índice

<b>Introducción</b> .....	<b>7</b>
<b>Ausencia de transparencia y responsabilidad</b> .....	<b>9</b>
<b>Normas internacionales de derechos humanos en materia de libertad de expresión y de los derechos de autor</b> .....	<b>11</b>
El amparo a la libertad de expresión en el derecho internacional.....	11
La protección a los derechos de propiedad intelectual (DPI) en el derecho internacional .....	11
Cómo llegar al equilibrio entre la libertad de expresión y el derecho de autor en el entorno digital .....	12
<b>Análisis de disposiciones elegidas del borrador del TPP</b> .....	<b>14</b>
Omisión de considerar la tutela a los derechos humanos de los usuarios de internet, como objetivo legítimo de la política.....	14
Derechos de autor: reglamentación injustificada de los archivos temporales.....	15
Ataques al dominio público .....	16
Ampliación excesiva del plazo de vigencia de los derechos de autor .....	16
Protección retroactiva a la PI de materiales que ya se encuentran en el dominio público.....	16
Observancia privatizada de los derechos de autor .....	17
Exigencias draconianas de Estados Unidos .....	17
El modelo canadiense: un enfoque más equilibrado para la atribución de responsabilidad...	18
Penas por la infracción sin ánimo de lucro a los derechos de autor .....	19
Medidas antielusión extensas .....	21
Proceso en lo civil .....	22
Presunciones.....	22
Indemnización por daños y perjuicios.....	23
Otras cuestiones .....	24
Limitaciones y excepciones a los derechos de autor.....	24
Ratificación de otros diez tratados sobre propiedad intelectual .....	24
Tribunales arbitrales.....	25
<b>Sobre la División jurídica de Article 19</b> .....	<b>26</b>



# Introducción

---

El 13 de noviembre, Wikileaks publicaba el borrador completo del capítulo de propiedad intelectual del Acuerdo de Asociación Transpacífico (en inglés, TPP), que es un tratado multilateral de comercio que se negoció, en gran parte, en secreto entre doce países de la región Asia Pacífico. El borrador, que se extiende en noventa y cinco páginas, tiene fecha de agosto de 2013 y es la versión más actualizada de un documento que solo llegó al examen público gracias a una serie de filtraciones. Por primera vez, se ven cuáles son las posiciones de los doce países parte en las negociaciones del TPP.

Las negociaciones del tratado multilateral de comercio comenzaron en 2005 entre Chile, Singapur, Nueva Zelanda y Brunéi Darussalam. En septiembre de 2008, el representante de Comercio de Estados Unidos anunciaba que ese país iba a participar en las negociaciones. Australia, Vietnam y Perú anunciaron que se sumarían a las conversaciones poco después, y Malasia los siguió en 2010, mientras que Canadá y México lo hicieron en 2012. Japón fue el último país en agregarse: lo hizo en 2013.

Los negociadores del TPP dijeron que tenían intención de aprobar un tratado ambicioso, propio del siglo XXI, que aspiraba a promover la innovación, el crecimiento económico y a respaldar la generación de empleo entre los países miembros. Por ende, el TPP abarca varias áreas diferentes, entre las que se cuentan comercio, inversión y protección a los derechos de propiedad intelectual. En particular, el capítulo de Propiedad Intelectual (PI) aborda temas como patentes y acceso a medicamentos, como el cumplimiento en línea de los derechos de autor y de marcas, como responsabilidad de los intermediarios y como medidas antifalsificación. Pese a que el gobierno de Obama se refirió al TPP como un tratado moderno y que mira al futuro, los grupos de derechos digitales y de consumidores le pusieron por nombre la "nueva ley SOPA" [en inglés, SOPA es la *stop online piracy act*, o sea, la ley de cese de la piratería en línea] y también la *Hollywood's wish list* [la lista de lo que quiere Hollywood]. Si se lo aprueba, el TPP se le aplicaría a 792.000.000 (setecientos noventa y dos millones) de personas.

El texto que se filtró viene a confirmar muchas de las inquietudes que ARTICLE 19 y otros grupos de la sociedad civil habían expresado, a saber: que las propuestas lideradas por Estados Unidos en el Capítulo de Propiedad Intelectual (PI), que muchas veces respaldaron Australia y Japón, iban a lesionar gravemente los derechos de los internautas a la libertad de expresión, a la intimidad y a las garantías del debido proceso en línea.

Si se lo aprueba, los países signatarios podrían verse obligados a implementar medidas de observancia de los derechos de autor mucho más restrictivas que las que exigen, en la actualidad, los tratados internacionales en materia de propiedad intelectual. Unos cuantos países, como Chile o Canadá, podrían verse forzados a modificar significativamente su legislación nacional en materia de derechos de autor, ante esta realidad de que se carece de control democrático, pues las negociaciones del TPP se mantuvieron, en su gran mayoría, en secreto.

Al mismo tiempo, el texto que trascendió revela que existen profundas desavenencias entre las partes negociadoras, principalmente en lo que se refiere al plazo de vigencia de los derechos de autor, la responsabilidad de los intermediarios, la tipificación penal de infracciones sin fines de lucro a los derechos de autor y de las disposiciones sobre candados digitales. Contrariamente a los que sucede con las agresivas propuestas de Estados Unidos, países como Chile, Canadá y Nueva Zelanda, en general, procuran promover normas más equilibradas en materia de propiedad intelectual que amparen mejor los derechos de los usuarios de internet.

En este análisis jurídico, ARTICLE 19 estudia la compatibilidad de propuestas claves, que están en el TPP, con las normas internacionales sobre libertad de expresión. El análisis que haremos se divide en tres partes. La Parte Primera (I) analiza cómo la falta de transparencia y el déficit democrático fueron el sello distintivo de este tratado comercial. La Parte Segunda (II) expone las normas pertinentes de derechos humanos del derecho internacional referidas a la libertad de expresión y a la propiedad intelectual. La Parte Tercera (III) presenta las inquietudes clave que tenemos con relación al Capítulo de PI del TPP, entre las que se cuentan las referidas a las normas sobre archivos temporales, el plazo de vigencia de los derechos de autor, la atribución de responsabilidad a los intermediarios, los procesos en el fuero civil y en el penal, y los candados digitales. No quedan comprendidas en este trabajo las normas sobre patentes y marcas registradas. A lo largo de este análisis, formulamos recomendaciones tendentes a darle solución jurídica a los aspectos más problemáticos de algunas de las propuestas que contiene el Capítulo PI del TPP.



# Ausencia de transparencia y responsabilidad

---

Pese tener implicancias de amplio alcance en los derechos humanos, en especial, en el derecho a la libertad de expresión, **el TPP se negoció casi íntegramente en secreto**. Jamás se publicó ningún texto completo de un borrador del TPP, aunque los que vieron las versiones borrador del acuerdo confirmaron: "no hay ningún fin [vinculado con] la seguridad nacional para que se mantenga este texto en secreto".<sup>1</sup>

Todo examen público que se pudo hacer tuvo lugar únicamente como resultado de filtraciones (por caso, Wikileaks) o como consecuencia de demandas públicas, por caso, las que siguieron al apartamiento de los periodistas australianos de la ronda pública de prensa del TPP en octubre de 2013.<sup>2</sup>

Los legisladores de Estados Unidos, Chile y Perú expresaron el profundo disgusto que sentían ante la falta de transparencia en las negociaciones por el TPP, entre los que se contaron:

- un grupo de la legislatura peruana, Parlamentario Acción Popular-Frente Amplio, ingresó una iniciativa que aspiraba a conseguir "el debate público, político y técnico de las propuestas del Acuerdo de Asociación Transpacífico"<sup>3</sup>;
- en agosto de 2013, la senadora Elizabeth Warren le envió una carta al gobierno del presidente Obama, en la cual afirmaba: "(si)n transparencia, se reduce considerablemente los beneficios de una sana participación democrática, que es un mercado abierto de ideas"<sup>4</sup>;
- los senadores chilenos le solicitaron al presidente que abriera el debate público por el TPP.<sup>5</sup>

Se les ha dado **a grupos de la sociedad civil solamente la participación más acotada**, y no hubo oportunidades de que se hicieran aportes significativos en los debates y las decisiones sobresalientes en materia de política.<sup>6</sup> En contraste, **se informa que los grupos de presión corporativos se involucraron muchísimo en las negociaciones**.<sup>7</sup> En particular, se plantean preocupaciones referidas a que el TPP prioriza los intereses corporativos y comerciales por sobre los derechos humanos.

---

<sup>1</sup> Rep. Alan Grayson: "Vi los detalles y no hay razón alguna para mantener el TPP en secreto", EN Techdirt. DIRECCIÓN URL: <http://www.techdirt.com/articles/20130622/01545623580/rep-alan-grayson-ive-seen-details-there-is-no-reason-to-keep-tpp-secret.shtml>, 24 de junio de 2013

<sup>2</sup> "Why can't Australians read the Trans-Pacific Partnership Agreement?" [¿Por qué los australianos no pueden leer el acuerdo transpacífico?], EN: *The Guardian*. DIRECCIÓN URL: <http://www.theguardian.com/commentisfree/2013/oct/30/trans-pacific-partnership-tpp-dfat>, 30 de octubre de 2013.

<sup>3</sup> Puede conseguirse la petición en: <http://infojustice.org/wp-content/uploads/2013/09/Moción-TPP.pdf>

<sup>4</sup> Puede conseguirse la carta en: <http://www.pdamerica.org/issues/era-3-state-strategy/item/1892-will-obama-fast-track-the-trans-pacific-partnership>

<sup>5</sup> "Chilean Senators Formally Request Public Debate on TransPacific Partnership" [Senadores chilenos solicitan formalmente debate público del acuerdo de asociación transpacífico], EN: Infojustice, DIRECCIÓN URL: <http://infojustice.org/archives/30448>, 14 de agosto de 2013.

<sup>6</sup> Carta de la US Civil Society de fecha 18 octubre de 2011 dirigida al Hon. [tratamiento respetuoso, semejante a su señoría para los jueces y a Don para los funcionarios dependientes del poder ejecutivo] Ron Kirk, Representante de Comercio de Estados. DIRECCIÓN URL: <http://www.citizen.org/documents/us-transparency-letter-2011.pdf>

<sup>7</sup> "How the Transpacific Partnership Empowers Corporations – and Disempowers US" [Cómo la Asociación Transpacífica le da poder a las sociedades comerciales y... se lo quita a Estados Unidos], EN: *Huffington Post.*; DIRECCIÓN URL: [http://www.huffingtonpost.ca/mark-taliano/tpp-empowers-corporations\\_b\\_3846251.html](http://www.huffingtonpost.ca/mark-taliano/tpp-empowers-corporations_b_3846251.html) 30 de agosto de 2013.

En pocas palabras, la falta de transparencia en el proceso de negociación del TPP significa que, en gran medida, el acuerdo se salvó del examen significativo a manos de los interesados más pertinentes de la sociedad civil. Al modo de ver de ARTICLE 19, esto es tanto inaceptable como incompatible con los principios de transparencia y de participación públicas de la totalidad de los interesados afectados.<sup>8</sup>

A ARTICLE 19 también la decepciona el hecho de que las partes negociadoras del TPP no hayan aprendido las lecciones que dejó el fracaso vergonzante del *Anti-Counterfeiting Trade Agreement* (en inglés, ACTA, que sería el Tratado de Comercio Antipiratería) en julio de 2012. El ACTA era un tratado multilateral de Libre Comercio parecido [al TPP], que se negoció en secreto. El Parlamento Europeo, finalmente, lo rechazó tras la fuerte reacción negativa que hubo en el público por la falta de transparencia en las negociaciones y la incompatibilidad fundamental que mantenía con las normas de derechos humanos.<sup>9</sup> En consecuencia, ARTICLE 19 insta a los Estados partes del TPP a abrir al examen público el acuerdo íntegro, en vez de mantener un secreto que lo único que hace es avivar el escepticismo y la desconfianza.

De modo semejante, instamos a los países que tienen la sanción parlamentaria como requisito del proceso de ratificación, tal como Estados Unidos y México, a que sigan un procedimiento que permita el examen significativo del acuerdo. Nos preocupan especialmente los informes de que Estados Unidos tiene planes de aprobar legislación por vía abreviada con el fin de saltar cualquier revisión de relevancia que pueda hacer el Congreso sobre el TPP.<sup>10</sup> Debería rechazarse cualquiera de esas propuestas, ya que favorecen que se fije el déficit democrático de este acuerdo ya tan controvertido.

## Recomendaciones

- Dadas las repercusiones potenciales del TPP en los derechos humanos, debería haber transparencia en las negociaciones: periódicamente, se deberían hacer públicos los borradores del acuerdo y las posiciones que asume cada Estado, y se debería agregar un mecanismo que le permita a todos los interesados formular comentarios.
- Los Estados miembros deberían someter el TPP a un examen riguroso, a modo de parte del proceso de ratificación.

---

<sup>8</sup> Consejo de Derechos Humanos, *Guiding principles on human rights impact assessments of trade and investment agreements*, [Principios rectores en materia de derechos humanos impactan las evaluaciones de los tratados de comercio y de inversión]/HRC/19/59/Add.5, que exige: "las decisiones sobre concesiones mutuas comerciales queden supeditadas a la consulta idónea (a través de un proceso participativo, inclusivo y transparente), se correspondan con los principios de igualdad y no discriminación, y no den por resultado el retroceso". DIRECCIÓN URL: [http://www.srfood.org/images/stories/pdf/officialreports/20120306\\_hria\\_en.pdf](http://www.srfood.org/images/stories/pdf/officialreports/20120306_hria_en.pdf) Véase también, de ARTICLE 19, *The Right to Share: Principles on Freedom of Expression and Copyright in the Digital Age (Right to Share Principles)* [El derecho a compartir: Principios de la Libertad de Expresión y los derechos de propiedad intelectual en la Era Digital (Principios del derecho a compartir)]. DIRECCIÓN URL: <http://www.article19.org/data/files/medialibrary/3716/13-04-23-right-to-share-EN.pdf>.

<sup>9</sup> "European Parliament Declares its Independence from the European Commission with a Mass Rejection of ACTA" [Rechazando masivamente el ACTA, el parlamento europeo se declara independiente respecto de la Comisión Europea]. Now What? [Y ahora, ¿qué?], EN: Techdirt. DIRECCIÓN URL: <http://www.techdirt.com/articles/20120704/07533019579/european-parliament-declares-its-independence-european-commission-with-massive-rejection-acta-now-what.shtml> , 4 de julio de 2012.

<sup>10</sup> Por ejemplo, "Congress Must Not Fast Track TPP to Ratification" [El congreso no debe recurrir a la vía rápida para la ratificación del TPP], EN: EFF. DIRECCIÓN URL: <https://www.eff.org/deeplinks/2013/10/congress-must-not-fast-track-tpp-ratification>

# Normas internacionales de derechos humanos en materia de libertad de expresión y de los derechos de autor

---

## El amparo a la libertad de expresión en el derecho internacional

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP) desarrolla y pone en vigor muchos de los derechos expresados en *Declaración Universal de Derechos Humanos*, entre los que se cuenta el derecho a la libertad de expresión. El PIDCP obliga a sus ciento sesenta y siete (167) Estados partes a respetar esas normas e implementar este marco legal a nivel nacional.<sup>11</sup> Así ampara el derecho a la libertad de expresión el artículo 19 del PIDCP:

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
  - (a) Asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás;
  - (b) La protección de la seguridad nacional o del orden público o la salud o la moral públicas.

En septiembre de 2011, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (en inglés, el HRC), que es el órgano de supervisión del PIDCP establecido por tratado, emitió la Declaración General N.º 34, que constituye la interpretación autoritativa de las normas mínimas que se garantizan en el artículo 19 del PIDCP.<sup>12</sup> Aun más importante es el hecho de que la Declaración General N.º 34 afirma que el artículo 19 del PIDCP protege la totalidad de las formas de expresión y de los medios de propagación de esta, entre las que se cuentan todas las modalidades de expresión electrónica y por internet.<sup>13</sup> En otras palabras, el amparo a la libertad de expresión se aplica en línea de la misma manera en que se lo hace fuera de ella.

## La protección a los derechos de propiedad intelectual (DPI) en el derecho internacional

Con la única excepción del artículo 17 (2) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el derecho internacional de los derechos humanos se amparan los derechos referidos a la propiedad intelectual únicamente de manera indirecta. En *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal* [GC], N.º 73049/01, del 11 enero de 2007, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos

---

<sup>11</sup> Artículo 2 del PIDCP, res. AG. res. 2200A (XXI), 21 UN GAOR Supp. (N.º 16) en 52, UN Doc. A/6316 (1966); 999 UNTS 171; 6 ILM 368 (1967)

<sup>12</sup> CCPR/C/GC/3. DIRECCIÓN URL: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>

<sup>13</sup> Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Declaración General N.º 34, para. 12..

Humanos [TEDH] reconoció que los derechos de propiedad intelectual quedaban dentro del alcance del artículo 1.º del Protocolo N.º 1 del TEDH (protección de la propiedad).

Al mismo tiempo, se reconoció, en el derecho internacional, el valor de un diverso surtido de ideas e información. Por ejemplo, el artículo 15 del PIDESC garantiza el derecho de toda persona a tomar parte en la vida cultural, a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones, y a beneficiarse de la protección a los derechos morales y patrimoniales que resulten de toda producción científica, literaria o artística que sea de su autoría.<sup>14</sup>

Además, las obras intelectuales están muy protegidas por cantidad de tratados internacionales, administrados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), entre los que se cuentan el *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, la *Convención de Roma para la Protección de Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Productores de Fonogramas y Organizaciones de Radiodifusión*, y el *Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor*.<sup>15</sup>

## **Cómo llegar al equilibrio entre la libertad de expresión y el derecho de autor en el entorno digital**

El conflicto entre la libertad de expresión y los DPI se hizo evidente con el advenimiento de internet. Con esa capacidad que tiene para producir copias digitales de idéntica calidad que el original, prácticamente a costo cero y de distribuirlas instantánea y universalmente, internet plantea un reto significativo para los titulares de derechos de autor. En particular, las redes punto a punto (P2P) que habilitan a los usuarios de internet a compartir contenidos en una escala sin precedentes están en el centro de la "guerra a la piratería".

A modo de respuesta a este reto, los titulares de derechos de autor vienen buscando la aprobación de varias medidas con miras a lograr la observancia de las normas de derechos de autor en el entorno digital. Estas comprenden, mas sin que la siguiente sea una enumeración taxativa, el bloqueo de sitios web y el filtrado y retiro de contenidos por medio de procedimientos de notificación y cancelación. Son estas medidas, tomadas para proteger y hacer cumplir los derechos de PI, las que plantean la amenaza más inmediata a la libertad en internet y, en general, a la libertad de expresión.

Sin embargo, al igual que otras restricciones a la libertad de expresión, cualquier medida semejante solo puede resultar justificada si cumple con el test tripartito, a saber: (i) legalidad; (ii) legitimidad; (iii) proporcionalidad. En la vasta mayoría de los casos, las medidas de observancia en línea de la normativa de derechos de autor incumplen el primer y el tercer requisito de este test.

ARTICLE 19, junto con expertos internacionales de todo el mundo, desarrolló principios internacionales (*the Right to Share Principles: Principios del Derecho a compartir*) referidos al modo como equilibrar el derecho a la libertad de expresión y los derechos de autor en la era digital. Los principios se basan en las normas internacionales sobre libertad de expresión y las

---

<sup>14</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales publicó las Declaraciones Generales N.º 17 y 21 con referencia al artículo 15 del PIDESC. Las declaraciones generales del comité proporcionan orientación autoritativa sobre el significado del artículo 15. Véase: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>, y también el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que está redactada con términos muy parecidos a los del artículo 15 del PIDESC.

<sup>15</sup> Véase para conseguir la lista complete de los tratados y otros acuerdos internacionales regidos por la OMPI: <http://www.wipo.int/treaties/en/>

buenas prácticas en esta área.<sup>16</sup> En particular, aborda los siguientes temas: plazo de vigencia de los derechos de autor y el dominio público, atribución de responsabilidad al intermediario, candados digitales y la aplicación del derecho penal en las infracciones cometidas sin ánimo de lucro.

---

<sup>16</sup> Para conseguir los principios, visítase: <http://www.article19.org/data/files/medialibrary/3716/13-04-23-right-to-share-EN.pdf>

# Análisis de normas elegidas del borrador del TPP

---

Pese a que no se publicó el borrador oficial del TPP, el texto que trascendió en noviembre de 2013, que es el Capítulo de derechos de PI, sugiere que hay varias áreas preocupantes en lo que respecta la protección de los derechos humanos de los usuarios de internet.

## **Omisión de otorgarle protección a los derechos humanos de los usuarios de internet, a modo de objetivo legítimo de política**

El borrador que trascendió revela el ostensible enfoque mercantilista que sostienen Estados Unidos y Japón en lo que respecta a la política de propiedad intelectual. En particular, Estados Unidos y Japón son los únicos países que se resisten a las propuestas de incluir objetivos que vendrían a "mantener el equilibrio entre los titulares de derechos de propiedad intelectual y los intereses legítimos de los usuarios y la comunidad" y "proteger la capacidad de las Partes de identificar, promover el acceso y conservar el dominio público".<sup>17</sup>

ARTICLE 19 se opone categóricamente a la postura sostenida por Estados Unidos y Japón en esta área. El debate por el ACTA demuestra claramente que la protección agresiva a la propiedad intelectual a expensas de los usuarios de internet era [una postura] profundamente errada y desajustada ante esta relación que cambió entre las personas físicas e información de esta era electrónica contemporánea. Por este motivo, se precisan muchísimo objetivos claros para una política de esta índole, que sugieran las otras partes negociadoras.

En consecuencia, hacemos un llamamiento a Estados Unidos y Japón a seguir los pasos de Nueva Zelanda, Chile, Perú, Vietnam, Brunéi, Malasia, Singapur y México en los esfuerzos que realizan a fin de fomentar políticas más equilibradas en materia de propiedad intelectual, que amparen mejor los derechos de los usuarios de internet.

Además, creemos que el texto borrador bien podría tener un lenguaje más firme, de modo que no solo se haga referencia a los "intereses legítimos de los usuarios", sino preferentemente a los "derechos fundamentales de los usuarios", o bien a los "derechos humanos de los usuarios". A nuestro modo de ver, en principio no hay razones por las cuales deba decirse que los titulares de derechos de autor tienen "derechos" de propiedad intelectual y que todo el resto de las personas se limita a tener "intereses".

De un modo más general, entendemos que las normas de carácter genérico que abordan los "objetivos", los "principios" o la "implementación" deberían hacer expresa referencia a los derechos humanos, a saber, el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la intimidad y a las garantías del debido proceso, los cuales están, todos ellos, en el centro de la política sobre propiedad intelectual.<sup>18</sup> Por ejemplo, observamos que la propuesta de Nueva Zelanda, Canadá, Singapur, Chile y Malasia tendente a introducir un artículo que aborde los "principios" se refiere a la aprobación de medidas a fin de "evitar el abuso de los derechos de propiedad intelectual por parte de los titulares de derechos" o "el recurso a prácticas que, arbitrariamente, restrinjan el intercambio comercial o afecten de forma adversa la transferencia internacional de tecnología". Pese a que se reciben con beneplácito esta y otras propuestas semejantes, pensamos que se las podría mejorar dejando claro que los Estados Miembros

---

<sup>17</sup> Artículo QQ.A.2 del borrador.

<sup>18</sup> En especial, los artículos QQ.A.2, QQ.A.2bis y QQ.A.9, respectivamente.

deberían aprobar medidas que no restrinjan excesivamente los derechos de los usuarios a la libertad de expresión, la intimidad y las garantías del debido proceso.

### Recomendaciones

- El TPP debería contener una norma que tratase los “objetivos” tras las propuestas originales que realizaron Nueva Zelanda, Chile, Perú, Vietnam, Brunéi Malasia, Singapur, Canadá y México.
- Las normas genéricas que traten de los “objetivos”, “principios” o de la “implementación” deberían hacer expresa referencia a la importancia fundamental de amparar los derechos a la libertad de expresión, a la intimidad, al debido proceso y, de un modo más general, a los "derechos" de los usuarios.

### Derechos de autor: reglamentación injustificada de los archivos temporales

Las normas borrador del TPP que abordan la protección a los derechos de autor y derechos afines muestran que los intentos anteriores por parte de Estados Unidos de hacer que los archivos temporales precisaran permisos van tomando la delantera y que solo Vietnam, Canadá y Nueva Zelanda se oponen a semejante propuesta.<sup>19</sup>

ARTICLE 19 cree que hacer que los archivos temporales precisen permiso (de uso) de derechos de autor constituiría una restricción en extremo desproporcionada al derecho a la libertad de expresión en línea.

El uso común que se hace de la internet, como navegar, involucra de por sí la generación de archivos temporales en varias etapas. Si los archivos temporales se hicieran objeto de permiso (de uso) por parte del titular de derechos de autor, se juzgaría que constituye una infracción ver o leer en línea sin permiso cualquier material protegido por derechos de autor. Esto tanto estaría en profundo desacuerdo con el modo en que funciona internet como podría llevar al resultado inaceptable de que a millones de usuarios de internet se les atribuyese responsabilidad por infracción a los derechos de autor tan solo a causa de haber navegado por páginas web que tenían material protegido por derechos de autor. Por ejemplo, en el Reino Unido, la Corte Suprema llegó a la conclusión de que el derecho de la Unión Europea habilitaba una excepción en lo que concernía a los archivos temporales que generaba el usuario de internet como parte necesaria del proceso técnico que soporta la experiencia de navegación.<sup>20</sup>

En consecuencia, ARTICLE 19 insta firmemente a las partes negociadoras del TPP a que resistan las propuestas que aspiran a conseguir que los archivos temporales sean objeto de reglamentación de derechos de autor.

### Recomendaciones

- Los archivos temporales deberían ser la clara excepción a la protección de los derechos de autor. Debería rechazarse toda propuesta que sostuviese lo contrario.

---

<sup>19</sup> Artículo QQ.G.2.

<sup>20</sup> UK: *Browsing is a Legitimate Exception to Copyright* [Navegar constituye una excepción legítima a los derechos de autor]. DIRECCIÓN URL: <http://www.article19.org/resources.php/resource/3707/en/>, 19 de abril de 2013.

## Ataques al dominio público

### *Prórroga excesiva del plazo de protección a los derechos de autor.*

El capítulo de PI que trascendió también revela que las partes negociadoras se encuentran sumamente divididas en lo que se refiere a la duración del plazo de vigencia de los derechos de autor<sup>21</sup>. En particular:

- Estados Unidos, Australia, Perú, Singapur y Chile apoyan la postura de que los derechos de autor se extiendan, como mínimo, toda la vida del autor más setenta años, y esta cantidad sube a cien años en el caso de México, lo que resulta congruente con sus respectivos derechos nacionales.
- En contraste, Vietnam, Brunéi, Nueva Zelanda, Malasia, Canadá y Japón se oponen a semejantes propuestas, ya que equivaldría a tener que volver a redactar todo su derecho nacional que, actualmente, dispone la protección vitalicia de los derechos de autor más cincuenta años, para las obras que sean de la autoría de personas físicas.
- Para las obras que pertenecen a sociedades comerciales, Estados Unidos propone los plazos más largos de todos: noventa y cinco (95) años tras la publicación o ciento veinte (120) desde la creación de tales obras, mientras que otras partes negociadoras, como Singapur y Chile, sugieren setenta (70) años.<sup>22</sup>

ARTICLE 19 cree que las propuestas que impulsa Estados Unidos no solo forzarían a varios países negociadores a modificar sus derechos nacionales, sino también generarían plazos de vigencia para los derechos de autor que irían mucho más allá que las extensiones establecidas en el Convenio de Berna y en el Acuerdo sobre los aspectos relativos a los derechos de propiedad intelectual de 1994 (en inglés, TRIPS) y otras buenas prácticas en esta área.<sup>23</sup> En particular, notamos:

- que los plazos de vigencia prolongada para la protección de los derechos de autor evitan que las obras lleguen al dominio público, lo que dificulta que se las aproveche con fines creativos, como por ejemplo, si el inventor no tiene los medios económicos como para pagar por ese uso.
- otro efecto secundario de la prórroga de los plazos de vigencia para los derechos de autor en todo el mundo es el de la cantidad creciente de obras huérfanas, que son obras que tienen el acceso bloqueado, porque no se puede ubicar a su autor. En pocas palabras, la prórroga inexorable de los plazos de vigencia para los derechos de autor tiene consecuencias lesivas para la libertad de expresión, entendida esa como usina de creatividad.

### *Protección retroactiva a la PI de materiales que ya se encuentran en el dominio público*

ARTICLE 19 observa asimismo que se ataca el dominio público en otras secciones del borrador, ya que Estados Unidos propone que las obligaciones del TPP (entre las que se cuenta toda prórroga

---

<sup>21</sup> Artículo QQ.G.6.

<sup>22</sup> Se hace claro que la ampliación de los plazos de vigencia de los derechos de autor es un objetivo de importancia sobresaliente para Estados Unidos, Australia, Singapur y México por el simple hecho de que estos países rechazan las propuestas que sostienen que los derechos nacionales deben ser los que decidan las ampliaciones de la duración del copyright: véase el artículo QQ.G.7.

<sup>23</sup> Por ejemplo, *The Right to Share Principles, op.cit.*, que establece que la protección a los derechos de autor por encima del lapso de vida del autor debería considerarse una restricción desproporcionada al derecho a la libertad de expresión.



en el plazo de la protección al derecho de autor) se les apliquen a los materiales que "satisfagan o satisficieren los criterios establecidos para la protección".<sup>24</sup>

Lo que esto quiere decir es que las obras que ya están en el dominio público podrían quedar supeditadas retroactivamente a la normativa sobre derechos de autor. Para ARTICLE 19 esto constituiría una restricción a la libertad de expresión por completo desproporcionada e transgrediría las normas del *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, y del TRIPS, ARTICLE 19 insta al resto de los países negociadores a que resistan con firmeza propuestas tan peligrosas como esa.

ARTICLE cree que debería protegerse firmemente el dominio público, ya que es el conjunto final de la totalidad de informaciones y bienes culturales que el público puede usar e intercambiar libremente sin quedar alcanzado por las restricciones de la normativa de derechos de autor. En este sentido, valoramos los esfuerzos realizados por Chile y Vietnam, tendentes a introducir normas en el capítulo de PI que aspiran a conservar el dominio público, incluso buscando identificar los materiales que pasaron al dominio público.<sup>25</sup>

Al mismo tiempo, no queda del todo claro el modo cómo estas propuestas podrían llevarse a la práctica. En tanto que la implementación incluya el desarrollo de bases de datos públicas sobre derechos registrados, resulta vital que no se use la disponibilidad de dichas bases para obstaculizar las posibilidades del público para acceder a la información que se puede conseguir libremente en internet. Por ende, invitamos a Chile y a Vietnam a reflexionar sobre las implicaciones que tienen sus propuestas para con la protección del dominio público.

## Recomendaciones

- El plazo de vigencia de los derechos de autor no debería extenderse más allá de lo que resulta estrictamente necesario, de modo de no afectar el derecho a la libertad de expresión. En lo que respecta a las obras de invención humana, esto quiere decir que la protección al derecho de autor no debería exceder el lapso de vida de esta persona.
- Deberían rechazarse categóricamente las propuestas para otorgarles protección retroactiva de la PI a materiales que ya son del dominio público.

## Observancia privatizada de los derechos de autor

Sin duda, las normas de atribución de responsabilidad a los intermediarios se cuentan entre las más problemáticas del TPP.

Estados Unidos [EUA] parece estar muy solo en la formulación de exigencias draconianas, que incluyen la desconexión a internet, el bloqueo de contenidos y hasta la realización de monitoreos en determinadas circunstancias. En contraste, Canadá y Chile se presentan como las fuerzas impulsoras en pro de propuestas más equilibradas para la atribución de responsabilidad a intermediarios.

### *Las exigencias draconianas de Estados Unidos*

Las propuestas de EUA no son significativamente diferentes de lo que eran en 2011. Fijaban la

---

<sup>24</sup> Artículo QQ.A.11.

<sup>25</sup> Artículo QQ.A.13.

privatización de la observancia de los derechos de autor. Los países signatarios se verían forzados a establecer "incentivos legales" para los proveedores de servicio "a fin de que cooperen con los titulares de derechos de autor en la disuasión de almacenamiento y transmisión no permitidos de materiales protegidos con derechos de autor". Asimismo se les exigiría a las partes contratantes que se concedieran soluciones jurídicas expeditas a fin de evitar infracciones, como también acciones, que son un disuasivo para las infracciones futuras. Aunque no se les exigiría a los intermediarios que monitoreasen sus redes para poder gozar así de la exención de responsabilidad, las actividades de monitoreo no quedarían explícitamente prohibidas. Más aun, por la índole de las medidas, es mucho más probable que los intermediarios comiencen voluntariamente a realizar actividades de monitoreo en pro de una disuasión eficaz.

A ARTICLE 19 le preocupa especialmente que algunas de las propuestas de EUA supeditarían la exención de responsabilidad a que los intermediarios de internet aprobasen e implementasen medidas tipo "la tercera es la vencida (tres *strikes*). Así se estimularía eficazmente a que los PSI desconectarán de internet a los infractores crónicos con arreglo a las cláusulas contractuales que los unan. En otras palabras, los usuarios de internet podrían quedar desconectados sin que mediare proceso judicial alguno. A nuestro modo de ver, esto podría incumplir las normas internacionales en materia de libertad de expresión, entre las que se cuentan Principios del Derecho a Compartir y las recomendaciones del Relator Especial de Naciones Unidas para la Libertad de Expresión.<sup>26</sup>

Otras normas que abordan la atribución de responsabilidad a los intermediarios reflejan las disposiciones puerto seguro [para la eliminación o reducción de la responsabilidad] de la DMCA, especialmente en el procedimiento de notificación y cancelación, cuyo efecto disuasivo sobre la libertad de expresión está ampliamente documentado. ARTICLE 19 ya subrayó las falencias ínsitas en este modelo, que fomenta que los intermediarios retiren contenidos tras una notificación simple, con el solo fin de evitar todo riesgo de que se les atribuya responsabilidad. Si se aprueban estas u otras normas semejantes, tendrían que hacerse a un lado el proceso judicial chileno para el retiro de contenidos y el modelo canadiense de notificación-notificación, pese a que se les rinde tributo por ser más respetuosos de los derechos de los usuarios de internet. Más aun, normas como esas le dificultarían sustancialmente a EUA la posibilidad de revisar a la DMCA en el futuro [*Digital Millenium Copyright Act*: ley de derechos de autor digitales del milenio], así se protege mejor la libertad de expresión.

A ARTICLE 19 asimismo le preocupa que algunas normas referidas a la atribución de responsabilidad a los intermediarios, defendidas por EUA, puedan socavar la protección al derecho a la intimidad que les asiste a los usuarios de internet. Por ejemplo, no resulta claro si los incentivos legales tendentes a "que cooperen" estimularían a los intermediarios a revelar la identidad de sus clientes, a solicitud de los titulares de derechos de autor, mas sin que medie orden judicial. También se hace referencia a los procedimientos administrativos, como vía posible para obtener información que individúe supuestos infractores. En nuestra opinión, esto diluiría las medidas de protección que hay en otras partes del documento y que se refieren a los procesos judiciales para obtener ese tipo de información.

### *El modelo canadiense: un enfoque más equilibrado para la atribución de responsabilidad*

Canadá, apoyado por Chile, Brunéi, Malasia, Vietnam, Singapur, Nueva Zelanda y México, propone normas para la atribución de responsabilidad a los intermediarios, que se inspiran, en gran medida, en su sistema notificación-notificación, que usan en las denuncias por infracciones a los derechos de autor. Esta incluye la obligación general de limitar la responsabilidad de los

---

<sup>26</sup> Informe A/HRC/17/27, del 16 de mayo de 2011.

intermediarios por las infracciones a los derechos de autor que tengan lugar en sus redes; de generar un proceso de notificación, mientras el texto opositor de Canadá, Chile y México posibilitaría que se retirase o se inhabilitase el acceso al material infractor tras la notificación del titular de un derecho; e "incentivos legales" para cumplir con los procedimientos. Además, la propuesta de Canadá tiene una norma que aclara que, para que el intermediario acceda a la exención de responsabilidad, no es condición que monitoree el servicio que presta, y deja en manos del derecho nacional de cada Parte el aviso de cuáles son las defensas, las limitaciones y las excepciones de que se dispone.

ARTICLE 19 respalda, en general, el enfoque canadiense en lo que respecta a la atribución de responsabilidad a los intermediarios.<sup>27</sup> Sin embargo, algunos aspectos de la propuesta de Canadá bien podrían ser aclarados. Es, en particular, vital para las normas sobre atribución de responsabilidad que se aclare que la notificación realizada por el titular de un derecho no genera automáticamente el retiro o la inhabilitación de acceso al supuesto material infractor. La "inhabilitación del acceso a material infractor" es una medida que solo debería aplicarse cuando obrase una orden judicial. Es lamentable la ausencia de una norma clara al respecto en el borrador. Asimismo, debería aclararse el término "incentivos legales", por ejemplo, estableciendo que el incumplimiento del proceso de notificación bien podría llevar a que se impusiera el pago de indemnización por daños y perjuicios hasta un determinado tope.

También nos decepciona que el texto canadiense no norme que a los intermediarios nunca se les debe ordenar que eviten la infracción futura de los derechos de autor, ya que casi inevitablemente esto involucraría filtrado y vigilancia generalizados de las redes de comunicaciones, lo que es contrario a las normas internacionales de libertad de expresión en esta área.<sup>28</sup> Al contrario, la propuesta de Canadá deja esta opción abierta al criterio del derecho nacional de las partes negociadoras.

## Recomendaciones

- Los intermediarios de internet deberían poder gozar de amplia exención de responsabilidad. No se debería fomentar que tuvieran que monitorear sus redes. Tampoco que tuvieran que implementar políticas de la tercera es la vencida (tres *strikes*). Nunca se debería autorizar la desconexión de la internet, con el fundamento de proteger los derechos de autor.
- En general, deberían preferirse las propuestas de Canadá, supeditadas a las recomendaciones concretas que formulamos más arriba. Deberían rechazarse firmemente las propuestas draconianas de EUA.

## Penas por la infracción sin ánimo de lucro a los derechos de autor

El borrador que trascendió revela que hay posturas ampliamente divergentes en lo que respecta a qué sería una medida penal procedente. EUA claramente aparece como el mayor defensor de las propuestas más restrictivas.

En concreto, EUA promueve medidas por las cuales se les exigiría a los países signatarios que

---

<sup>27</sup> ARTICLE 19, *Internet Intermediaries: Dilemma of Liability*. DIRECCIÓN URL: [http://www.article19.org/data/files/Intermediaries\\_ENGLISH.pdf](http://www.article19.org/data/files/Intermediaries_ENGLISH.pdf), agosto de 2013.

<sup>28</sup> En concreto, véase en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Scarlet Extended SA c. SABAM*, en: <http://www.article19.org/resources.php/resource/2872/en/landmark-digital-free-speech-ruling-at-european-court-of-justice>, del 24 de noviembre de 2011.

impusieran sanciones penales por infracciones menores sin móvil económico a los derechos de autor. En concreto, a los Estados se les exigiría "por lo menos" establecer sanciones penales en casos de "piratería" dolosa sobre los derechos de autor o derechos afines en "escala comercial", entre las que se cuentan: (I) infracciones dolosas significativas a los derechos de autor o derechos afines que no tengan por móvil conseguir una ganancia directa o indirecta; y (II) infracciones dolosas con fines de conseguir una ventaja comercial o una ganancia económica particular. En otras palabras, se podría tipificar la conducta inofensiva del consumidor, como podría ser la descarga de contenidos infractores en línea, si se interpreta que "escala comercial" significa 'infracción significativa a los derechos autor sin móviles económicos'.

Al modo de ver de ARTICLE 19, esto sería desproporcionado y violatorio del requisito de seguridad jurídica conforme al derecho internacional de derechos humanos. Es precisamente por esta razón que el Parlamento Europeo rechazó propuestas semejantes derivadas del ACTA, que habrían tipificado la infracción a los derechos de autor cometida por "ventaja comercial económica directa o indirecta". En este caso, las propuestas de EUA van aun más allá, puesto que no hay que probar el móvil económico. En particular, no está para nada claro cómo una norma que aspira a tipificar la infracción a los derechos de autor a escala comercial puede, al mismo tiempo, buscar tipificar la infracción a los derechos de autor cometida sin móviles económicos. Interpretar que actividades "comerciales" comprende el acto de compartir abiertamente sin fines comerciales es una contradicción total. En este sentido, desilusiona que ninguna de las partes negociadoras haya advertido la flagrante incoherencia de esta norma.

A ARTICLE 19 también le preocupa que, como resultado de las normas antes enumeradas, las infracciones a los derechos de autor sin fines de lucro puedan ser punibles con pena de prisión o con pena de multa "lo suficientemente elevada como para disuadir de futuros actos de infracción". ARTICLE 19 se opone firmemente a la tipificación de las infracciones a los derechos de autor cometidas sin fines de lucro. ARTICLE 19 strongly opposes the criminalization of non-commercial copyright infringement. A nuestro modo de ver, esto tiene un efecto disuasivo en la libertad de expresión. En cualquier caso, no está claro qué nivel de sanciones privativas de la libertad o sanciones pecuniarias tendría el "efecto disuasorio". La disuasión es una ciencia inexacta por naturaleza, en especial cuando uno juzga la aceptabilidad social que tiene la infracción a los derechos de autor y la probabilidad, relativamente baja, de que se detecten las infracciones. En todo caso, es improbable que alguien pueda lograr este efecto "disuasorio" al tiempo que también cumple con el principio de la proporcionalidad con relación a las infracciones sin fines de lucro.

Finalmente, nos inquieta que, conforme al artículo QQ.H.7 [procedimiento penal y recursos], se les podría exigir a los países signatarios que establezcan sanciones penales por "auxiliar y coadyuvar" [en inglés, el tipo es *aid and abet*] la infracción a los derechos de autor a "escala comercial". "Auxiliar y coadyuvar" constituye un umbral bajo que no alcanza para contemplar la cuestión referida a si la parte en controversia tiene conocimiento de la infracción o si hizo una "colaboración sustancial" con la actividad infractora. De modo semejante, no incluye el requisito de tener que demostrar la intención de inducir a la infracción de derechos de autor o de que se la cometió para obtener una ganancia económica. En otras palabras, semejantes propuestas establecerían una base para imponerles a los intermediarios de internet responsabilidad penal inexcusable.

Nuevamente, intranquiliza el hecho de que ninguna de las partes negociadoras se haya percatado de las repercusiones potenciales de esta norma. En particular, podría tener consecuencias devastadoras para la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, ya que, en efecto, se fomentaría que los PSI monitoreasen el tráfico de internet para así evitar que les atribuyan responsabilidad. De hecho, es difícil ver el modo como las normas penales patrocinadas por EUA en contra de las infracciones a los derechos de autor a "escala comercial" podrían llegar a cumplirse sin que, simultáneamente, haya que aprobar vigilancia masiva de la totalidad de los

datos que se comparten en línea. No solo podrían plantearse cuestiones significativas en materia de intimidad, sino también habría un efecto disuasivo en toda la expresión digital.

## Recomendaciones

- No debería tipificarse la infracción a los derechos de autor cometida sin ánimo de lucro.

## Medidas antielusión extensas

En esencia, las medidas tecnológicas de protección (en inglés, las TPM), a las que también se conoce con el nombre de gestión digital de derechos (en inglés, la DRM), les permiten a los productores de contenidos electrónicos controlar el modo como se usa la información, aun si dicho contenido electrónico fue comprado legítimamente. Pese a que estas medidas pueden dirigirse a evitar infracciones a gran escala de los derechos de autor, también evitan que las personas físicas desarrollen conductas inofensivas, como leer un libro ilimitada cantidad de veces o almacenar contenidos en varios dispositivos. Por esta razón, es vital que las excepciones a las medidas antielusión se redacten en términos amplios.

El capítulo PI que trascendió revela que, entre las partes negociadoras, hay enfoques de las TPM que son sumamente diferentes. En particular, las propuestas que impulsa EUA, seguido de Australia, Singapur, Perú y México, promueven la aprobación de medidas altamente restrictivas que podrían, en efecto, forzar a los países signatarios a vedar la elusión de las TPM. En contraste, los países asiáticos claramente favorecen un enfoque más distendido. Aunque Nueva Zelanda y Chile hicieron reserva de su posición, en general se inclinan por la postura de una internet más amigable para con el usuario que la de sus pares asiáticos. En particular, Chile se opone a algunas de las posiciones más restrictivas que impulsa EUA, entre las que se cuenta la de la atribución de responsabilidad sin que se haya cometido infracción a los derechos de autor (véase más abajo). Entre tanto, Canadá apoya ampliamente las propuestas impulsadas por EUA, pero sugiere una redacción menos restrictiva en muchas partes, en especial en lo que se refiere a limitaciones y excepciones de las TPM.<sup>29</sup>

Algunas de las medidas antielusión más negativas de las que propuso Estados Unidos y sus aliados comprenden:

- *Excepciones y limitaciones restringidas de una manera inverosímil: artículo QQ.G.* enumeración taxativa de las diez excepciones permitidas a las medidas antielusión. Se presenta cada excepción con una redacción en extraordinario restrictiva. Por ejemplo, se podría permitir que se penetren candados digitales con fines de investigación, pero supeditado a condiciones muy rigurosas, entre las que se cuentan: que la actividad de investigación sea de naturaleza "no infractora" y que la desarrolle de "buena fe" un investigador "con el título pertinente", quien haya "obtenido lícitamente" un ejemplar o archivo de la obra y quien haya realizado "esfuerzos de buena fe a fin de obtener el permiso para desarrollar tales actividades".
- *Sanciones penales obligatorias: conforme al artículo QQ.G10 (a) quedaría tipificada y se haría punible con prisión y sanción pecuniaria una numerosa serie de actividades, entre las que se cuentan el tráfico de bienes y servicios destinados a "habilitar o facilitar" la elusión de las TPM. Esto iría significativamente más allá de lo que en la actualidad establece el derecho nacional de varias partes negociadoras, entre las que se cuenta Estados Unidos.*<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Artículo QQ.G.10 (d) (ix).

<sup>30</sup> "TPP Deep Dive, Copyright and Digital Locks", EN: Public Knowledge. DIRECCIÓN URL:

- *Atribución de responsabilidad en ausencia de infracción a los derechos de autor: conforme al artículo QQ.G.10 (c) se podría obligar a los países signatarios a considerar que la transgresión a las TPM constituye un delito distinto, independiente de la comisión de cualquier infracción a los derechos de autor. En otras palabras, se podría atribuir responsabilidad penal a los usuarios individuales que hubiesen comprado lícitamente contenidos electrónicos, por haber almacenado dichos contenidos en varios dispositivos quebrantando las TPM.*

En la opinión de ARTICLE 19, las propuestas impulsadas por Estados Unidos son una restricción innecesaria y desproporcionada al derecho a la libertad de expresión. Al igual que en *Principios del Derecho a Compartir*, pensamos que no se debería tipificar la elusión del software de gestión digital de derechos. A este respecto, hallamos que resultan particularmente alarmantes las propuestas para escindir la atribución de responsabilidad de la efectiva comisión de una infracción a los derechos de autor. En cualquier caso, entendemos que darles reparación a los titulares de derecho por la elusión de medidas tecnológicas resulta redundante, ya que pueden solicitar reparación suficiente por la sola infracción a los derechos de autor.

Sin embargo, dado que puede ser inevitable que se aprueben las medidas antielusión, alentamos firmemente a las partes negociadoras a aprobar ampliar excepciones y limitaciones que sean coherentes con las propuestas realizadas por Chile, Nueva Zelanda, Vietnam, Malasia, Brunéi, Japón y Perú conforme al artículo QQ.G. 12.

## Recomendaciones

- No debería tipificarse la elusión de medidas tecnológicas de protección, ya que son una restricción injustificada a la libertad de expresión.
- Como mínimo, la tipificación de la elusión de las TPM debería estar vinculada a la efectiva comisión de una infracción a los derechos de autor.
- Toda excepción dispuesta a las normas que tipifican la elusión de las TPM debería estar redactada en términos amplios.

## Proceso en lo civil

El texto borrador del TPP que trascendió revela estrechas semejanzas con las propuestas de Estados Unidos que se publicaron en 2011. También pone al descubierto un amplio consenso entre los países negociadores del TPP, pese a los varios defectos de los que adolece desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos. En particular, las normas borrador que abordan el proceso civil generan varias ventajas procesales a favor de los titulares de derechos de autor a expensas de los derechos fundamentales de los usuarios.

### *Presunciones*

El artículo QQ.H.2 genera varias presunciones a favor de los titulares de derechos de autor. En particular, se presumiría que subsiste el derecho de autor en la obra en controversia.<sup>31</sup> Esto podría ser problemático, por caso, en un contexto de procedimientos de notificación y cancelación, en los cuales se podría retirar, tras la notificación, los contenidos que no satisfagan los criterios mínimos de originalidad, y por ende, no aptos para quedar amparados dentro de la protección a los

---

<http://publicknowledge.org/blog/tpp-deep-dive-copyright-and-digital-locks>

<sup>31</sup> Véase el artículo QQ.H.2.

derechos de autor. En otras palabras, el derecho a la libertad de expresión de los usuarios se vería indebidamente transgredido a causa de demandas sin base jurídica por los derechos de autor.

### *Indemnización por daños y perjuicios*

A ARTICLE 19 le preocupa especialmente que las normas relativas a la concesión del resarcimiento de daños estén muy inclinadas a favor de los titulares de derechos de autor, entre las que se cuentan:

- el artículo QQ.H.4 dispone que las autoridades judiciales puedan decidir el pago de daños, incluso contra infractores "respecto de quienes hubiera motivos fundados de que tuvieran conocimiento" de que desarrollaban actividades infractoras. En otras palabras, se podrá imponer el pago de daños a personas físicas que accidentalmente cometan una infracción a los derechos de autor. Por ende, esta norma genera una solución jurídica de amplitud inverosímil a favor de los titulares de derechos de autor. ARTICLE 19 cree que esto también puede originar resultados injustos, en especial, porque los titulares de derechos de autor demuestran ser propensos a permitirse aprovechar la interposición de toda solución jurídica que esté a su disposición, para así cobrarles a los infractores con total independencia de las circunstancias [particulares] de estos. Por esta razón, resulta particularmente decepcionante que Perú y, hasta cierto punto, Canadá, sean aparentemente los únicos países que cuestionen esta propuesta..
- Conforme al artículo QQ.H.4.X, se les exigiría a los Estados contratantes establecer una indemnización pretarifada (resarcimiento por daños fijado en la ley) que sea lo suficientemente elevada como para servir de "disuasivo" a toda infracción futura y para reparar íntegramente al titular del derecho por el perjuicio que le generó la infracción. Se podría disponer de la indemnización pretarifada de daños tras la elección que formule el titular del derecho. También se dispondrá de otros rubros indemnizatorios, incluso los daños ejemplares o punitivos. La indemnización pretarifada resulta problemática, porque le permite a los demandantes que prevalezcan en la acción recuperar considerables sumas por daños sin necesidad de que tengan que probar el perjuicio real o el lucro cesante. En pocas palabras, los titulares de derechos de autor podrían resarcirse de cifras siderales de dinero por infracciones menores a los derechos de autor, incluso contra infractores de buena fe. En la opinión de ARTICLE 19, esto podría ser tanto injusto como arbitrario, además de constituir una transgresión al derecho a la libertad de expresión. Al igual que en *Principios del Derecho a Compartir*, creemos que deberían indemnizarse solo los daños directos sufridos por los titulares de derechos de autor. Nuevamente, resulta inquietante que Vietnam aparezca como el único país que impugne que la disuasión sea el criterio más adecuado para establecer cuál debe ser el nivel de los daños pretarifados, en vez del perjuicio real sufrido.

Con un tinte más positivo, ARTICLE 19 observa que hay cantidad de propuestas que aspiran a desalentar los litigios vejatorios [sin causa fundada o razonable] o para indemnizar a las víctimas de estos. Alentamos firmemente al resto de las partes negociadoras, entre las que se cuentan Estados Unidos, Australia y Japón, a respaldar esas propuestas.

### **Recomendaciones**

- Si la ley dispone que se abone indemnización por daño ante infracción sin ánimo de lucro, se le debería poner un tope de modo de que no se impusiera así una restricción desproporcionada sobre el derecho a la libertad de expresión.

## Otras cuestiones

### *Limitaciones y excepciones al derecho de autor.*

El borrador que trascendió del TPP confirma que las partes negociadoras tienen la intención de incluir una norma que aborde el tema de las limitaciones y las excepciones.<sup>32</sup> En particular, el artículo QQ.G.X presenta la redacción del "test tripartito" en el TPP, mientras que el artículo QQ.G.Y. fomenta que los Estados Miembros lleguen a un equilibrio en sus propios sistemas de derechos de autor mediante limitaciones y excepciones "incluso aquellas destinadas al entorno digital" y "sin que la siguiente sea una enumeración taxativa, prestándole debida consideración a fines legítimos como, para la formulación de críticas, lo son los comentarios de noticias, la enseñanza, las becas, la investigación, además de facilitándole el acceso a obras publicadas a personas que son [ciegas], que tienen dificultades visuales o, de alguna otra manera, tienen incapacidades lectocomprensivas".

Las limitaciones y las excepciones a los derechos de autor son un mecanismo interno a través del cual se toman en cuenta, en la normativa de derechos de autor, las cuestiones relativas a la libertad de palabra. En contraste, se viene usando hace mucho el test tripartito a modo de dispositivo jurídico tendente a conservar los derechos patrimoniales de los titulares de derechos de autor y a reducir el alcance de estas excepciones y limitaciones.

ARTICLE 19 observa que el nuevo texto parece ser menos restrictivo que las versiones previas de la propuesta. En particular, el artículo QQ.G.X.1 especifica que la redacción de la prueba tripartita "ni disminuye ni aumenta" el alcance de las limitaciones autorizadas por el *TRIPS*, el *Convenio de Berna* y los tratados en la OMPI. También se hace mención de una lista no taxativa de fines legítimos. Al mismo tiempo, nos sorprende que el artículo QQ.G.Y. no remita expresamente al *fair use* [uso razonable], como propósito legítimo, dada la relevancia que tiene en el derecho de Estados Unidos y la recomendación que recientemente formuló la Comisión de Reforma Jurídica de Australia referida a implementar este concepto en el derecho nacional. También observamos que la redacción para las limitaciones y excepciones a los derechos de autor podría haber sido menos restrictiva, siguiendo el ejemplo de la propuesta canadiense de conformidad con el artículo QQ.A.6.<sup>33</sup> ARTICLE 19 reitera que se deberían interpretar con amplitud las limitaciones y las excepciones, de modo de otorgarle una mayor protección al derecho a la libertad de expresión.

### *Ratificación de otros diez tratados sobre propiedad intelectual*

ARTICLE 19 observa que tanto Estados Unidos como Australia exigen que los Estados miembros del TPP hagan ratificación o adhesión a otros diez tratados de propiedad intelectual, entre los que se cuentan el *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas* (1971), como también el *Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor* (1996) y *Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas*. Pese a que las partes negociadoras podrían ser parte en algunos de estos acuerdos, no son parte en todos ellos. Por ejemplo, Nueva Zelanda, no es parte en el *Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas*; de ahí que se oponga a

---

<sup>32</sup> Véase artículo QQ.G.16.

<sup>33</sup> En las partes pertinentes, la propuesta canadiense dice: "1. Salvo disposición en contrario de este capítulo, se interpretará que ninguna parte de este capítulo constituye una limitación a las facilidades, excepciones y limitaciones expuestas en el Acuerdo TRIPS y en cualquier otro acuerdo referido a propiedad intelectual en el cual estos sean parte".



incluir el término "interpretaciones o ejecuciones" en varias partes que tratan de la protección a los derechos de autor.<sup>34</sup>

A ARTICLE 19 le preocupa que la ratificación de los diez tratados de propiedad intelectual fueren a varios países negociadores a aprobar más leyes nacionales sobre propiedad intelectual que restrinjan aun más la libre circulación de información e ideas.

### *Tribunales arbitrales*

A ARTICLE 19 también le preocupan los informes de que las normas del TPP le permitirían a las empresas demandar a los Estados ante tribunales arbitrales internacionales a través de un mecanismo conocido como resolución de controversias entre inversores y Estados (en inglés, los ISDS).<sup>35</sup> En un principio, se habían desarrollado los mecanismos ISDS para que los inversores extranjeros, cuyas inversiones en países en desarrollo habían sido expropiadas por gobiernos deshonestos, tuvieran una forma eficaz de reparación. Sin embargo, estos mecanismos para la resolución de controversias exponen varios defectos procesales harto conocidos: las partes nombran y les pagan a los miembros del tribunal, lo que significa que su independencia es, como mínimo, cuestionable, que las audiencias se celebran supeditadas al consentimiento de las partes y que las costas del proceso resultan sumamente elevadas. Más aun, los inversores extranjeros pueden demandar resarcimiento por aquellas leyes que restrinjan las ganancias futuras que esperan sin que haya ninguna vía recursiva de peso. Por ende, el importe que se conceda en concepto de indemnización por daños puede ser sumamente considerable. A ARTICLE 19 le preocupa que, frente a la perspectiva de daños considerables y elevadas costas judiciales, los Estados signatarios pequen de cautos y aprueben legislación que sea más protectora de los derechos patrimoniales de los titulares de derechos de autor, en vez de los derechos del consumidor.

### **Recomendaciones**

- Deberían redactarse en términos generales e interpretarse en sentido amplio las limitaciones y las excepciones a los derechos de autor.
- No deberían intervenir tribunales arbitrales en el conocimiento de demandas por infracción a los derechos de autor.

---

<sup>34</sup> Véase, por ejemplo, el artículo QQ.G.1.

<sup>35</sup> "Another Reason to Hate the TPP: It Gives Big Content New Tools to Undermine Sane Digital Rights Policies" [Otro motivo para detestar el TPP: le da nuevas herramientas para socavar sensatas políticas sobre derechos digitales], EN: EFF. DIRECCIÓN URL: <https://www.eff.org/deeplinks/2013/10/another-reason-hate-tpp-it-gives-big-content-new-tools-undermine-sane-digital>, 24 de octubre de 2013.

# Sobre el Equipo Jurídico de Article 19

---

El equipo jurídico de ARTICLE 19 [el *Law Programme*] promueve el desarrollo de normas progresivas en materia de libertad de expresión y acceso a la información a nivel internacional, y la implementación de estas en los sistemas jurídicos nacionales. La división jurídica produjo cantidad de publicaciones fijadoras de estándares, que sintetizan el derecho internacional y el derecho comparado y las buenas prácticas en áreas como los delitos contra el honor, el acceso a la información y la reglamentación sobre difusión por radio y televisión.

Sobre la base de estas publicaciones y la pericia jurídica general de ARTICLE 19, todos los años equipo jurídico publica cantidad de análisis legales, comentarios sobre proyectos legislativos, como también sobre leyes ya sancionadas que afecten el derecho a la libertad de expresión. Este trabajo de análisis, que se lleva adelante desde 1998 a modo de respaldar los esfuerzos tendentes a la reforma del derecho positivo en todo el mundo, con frecuencia origina mejoras considerables en la legislación nacional en vigor o en etapa de proyecto. La totalidad de nuestros análisis puede conseguirse en línea visitando <http://www.article19.org/resources.php/legal/> .

Si Ud. quisiera manifestarnos sus impresiones sobre este análisis, sírvase comunicarse con Gabrielle Guillemin, funcionaria jurídica, escribiéndole a: [gabrielle@article19.org](mailto:gabrielle@article19.org) . Además, si hubiera alguna cuestión que deseara llevar al conocimiento de la división jurídica de ARTICLE 19, puede comunicarse con nosotros escribiendo a [legal@article19.org](mailto:legal@article19.org) o llamando al +44 20 7324 2500. .

*La Swedish International Development Cooperation (en inglés, Sida: Agencia sueca de cooperación Internacional para el Desarrollo) aportó los fondos para la realización de este análisis. La Sida no necesariamente comparte las opiniones vertidas en el presente. ARTICLE 19 asume exclusivamente la responsabilidad por los contenidos del presente documento.*