

Análisis del capítulo sobre Propiedad Intelectual del TPP

A continuación se presenta un breve análisis de los aspectos más relevantes del capítulo sobre propiedad intelectual que se encuentra negociando en el TPP, realizado a partir de la propuesta presentada por Estados Unidos y que fuera filtrada en febrero de 2011.¹

1. Internet y prestadores de servicios.

- i. La propuesta estadounidense (16.3) exige que los países adopten un sistema de responsabilidad para los prestadores de servicio de Internet por las supuestas infracciones a derechos de autor cometidas en línea que **podría significar la censura de sitios web o contenidos específicos**, a través de órdenes de retiro o bloqueo ante supuestas infracciones a los derechos de propiedad intelectual.
- ii. La propuesta además exige (16.3.xi) que los prestadores de servicios de Internet violen el derecho a vida privada de sus clientes al obligarlos a entregar información que permita identificarlos en casos de supuestas infracciones, sin garantías adecuadas de respeto al derecho al debido proceso o la libertad de expresión, cuando procediere.
- iii. Incluso la propuesta sugiere (16.3.viii) la desconexión de los usuarios de Internet como sanción ante infracciones cometidas en línea, medida que es evidentemente desproporcionada y que no resuelve el problema de fondo.
- iv. Todas estas medidas podría ser adoptadas incluso a través de mecanismos privados sin intervención judicial alguna, lo que vulnera de manera flagrante diversos derechos de los usuarios de Internet, tales como la libertad de expresión, el derecho a la privacidad, y el debido proceso judicial, razón por la cual deben preverse medidas de resguardo apropiadas de las garantías fundamentales.
- v. Lamentablemente, la propuesta estadounidense no hace mención alguna a los derechos de los usuarios, los consumidores, ni los ciudadanos, particularmente cuando ellos se ven afectados por excesivas medidas de resguardo para la propiedad intelectual ni recoge las experiencias positivas de su regulación interna como es el caso de las normas de *fair use* y las excepciones específicas aprobadas por la Biblioteca del Congreso Nacional de EEUU.

2. Acciones criminales

- i. La propuesta estadounidense (15) implica criminalizar toda infracción a los derechos de autor, inclusive si ha sido cometida sin ánimo de lucro y sin beneficio económico para el infractor. Esta exigencia vulnera principios básicos de la intervención penal, como el principio de subsidiariedad y de lesividad, pero, además, resulta peligrosa dada la ausencia de un régimen robusto de excepciones y limitaciones a los derechos de autor. Así, por ejemplo, si un usuario de bibliotecas se excede en uso de las excepciones hoy previstas en la legislación chilena, corre el riesgo de recibir sanciones penales.

¹ Disponible en <http://keionline.org/sites/default/files/tpp-10feb2011-us-text-ipr-chapter.pdf>. Las citas entre paréntesis se refieren a este documento.

- ii. Los estados partes deben preservar la libertad para modificar su legislación interna y exceptuar de sanciones criminales conductas que, cometidas sin fines de lucro, infringen eventualmente los derechos de autor.
- iii. Además, las sanciones que se establezcan deben ser proporcionales al daño causado o a lo menos a delitos de características similares, dejando a salvo la posibilidad de establecer únicamente sanciones de carácter económico, a través de multas, al tratarse precisamente de delitos de esa naturaleza.
- iv. No es admisible la propuesta estadounidense (15.5.a) de forzar la aplicación de una pena de cárcel real para aquellos casos en que exista un beneficio comercial o una ganancia financiera privada ya que altera el régimen de salidas alternativas del sistema procesal penal continental y no establece excepciones para la primera infracción ni para infracciones comerciales de bajo monto.
- v. La propuesta estadounidense (15.3) de establecer una sanción penal específica para quienes graben o registren obras audiovisuales desde una comunicación al público es innecesaria porque ya constituye una infracción a los derechos de autor en tanto reproducción no autorizada.

3. Excepciones y limitaciones

- i. Para avanzar en el establecimiento de un adecuado balance entre las normas de protección del derecho de autor y las normas sobre excepciones y limitaciones, es necesario establecer mandatoriamente un régimen similar al fair use existente en EEUU que ampare los usos de buena fe de material protegido por derechos de autor en las circunstancias que se determinen específicamente. Por ello, se sugiere incorporar el siguiente texto:

“Los estados partes deberán establecer una excepción para amparar el uso de buena fe de una obra protegida, ya sea con el propósito de crítica, parodia, reseña, reportaje, enseñanza o investigación, no constituye infracción al derecho de autor, en la medida que no afecte la explotación normal de la obra ni cause perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o titular del respectivo derecho.

Para determinar si el uso corresponde al sentido descrito por este artículo, deberán ser considerados los siguientes factores:

1. El propósito y carácter del uso de la obra protegida, incluyendo la determinación si dicho uso tiene o no fines de lucro, directos o indirectos;
2. La naturaleza de la obra protegida;
3. La cantidad e importancia de la porción usada de la obra protegida.
4. El efecto de dicho uso en el mercado actual y potencial de la obra protegida.”

4. Plazo de protección

- i. La propuesta estadounidense (4.5) afecta la conformación de un medio ambiente cultural rico, alimentado por las obras que van ingresando al dominio público y su eventual explotación legítima por parte de usuarios, consumidores e intermediarios.
- ii. No existen razones para incrementar los plazos de protección más allá de los estándares fijados por OMPI y OMC. El aumento de los plazos de protección a través de TLC's es un error que se debe corregir en aquellos casos en que existan TLC vigentes.

- iii. En ningún caso la protección de las obras debiera estar sujeta a una protección mayor a 50 años contados desde la muerte del autor o 50 años contados desde su creación en aquellos casos en que la base sea distinta a la muerte del autor.
- iv. Los plazos de protección debieran estar determinados por las leyes internas de cada Estado parte y por los tratados multilaterales WIPO y WTO.

5. Medidas Tecnológicas de Protección

- i. La propuesta de Estados Unidos (4.9) constituye una sobreprotección desmedida de las MTP y van mucho más allá de los acuerdos multilaterales que las regulan, extendiendo el ámbito de sanción no sólo a quienes “eludan” sino que también en contra de quienes comercialicen dispositivos que permitan eludir las MTP, incluso en el evento que no exista infracción alguna al derecho de autor.
- ii. En el texto filtrado no se exige que la persona que eluda la MTP tenga conocimiento o un razonable grado de conocimiento de la acción que realiza para efectos de aplicar una sanción.
- iii. Respecto a las excepciones propuestas (4.9.b) estas son considerablemente más restrictivas respecto a las contempladas en otros tratados de libre comercio y pueden afectar seriamente a los ciudadanos de países que no cuenten en su legislación interna con normas estilo fair use o fair dealing, además que coarta la libertad de los países de fijar libremente las excepciones que estime razonables, para amparar así utilidades legítimas de obras.
- iv. La excesiva protección que el TPP ofrece a las medidas de protección tecnológica ha demostrado ser fuente de vulneración a los derechos de los consumidores, violación de los derechos fundamentales de las personas, menoscabo a la innovación tecnológica, y deterioro a la competencia de los mercados.
- v. Las MTP debieran ser reconocidas en los términos establecidos en el artículo 11 del WCT de WIPO.
- vi. Finalmente, debiera incorporarse en el TPP la criminalización de quienes al incorporar una MTP impidan el acceso legal a una obra protegida o que impidan hacer uso de una excepción vigente al derecho de autor, incluyendo el ejercicio de excepciones estilo fair use.

6. Derecho de exportación

- i. Estados Unidos ha propuesto (4.2) establecer un nuevo derecho exclusivo a autores, ejecutores y productores de fonogramas para autorizar o prohibir la importación de copias de obras y ejecuciones cuando éstas sean hechas sin autorización o con autorización pero fuera del territorio del Estado parte.
- ii. Esta norma afecta el agotamiento internacional de derechos y genera importantes barreras a la entrada en el mercado de distribución de obras legítimamente importadas, además de provocar eventuales incrementos en los precios de las obras, por reducir la competencia entre distribuidores autorizados y el resto. Constituye más bien un traba al libre comercio.

7. Agotamiento internacional

- i. Para efectos de avanzar en la eliminación de las barreras legales a la circulación internacional de obras legítimas, las partes debieran establecer el agotamiento internacional de derechos como regla básica del TPP y no necesariamente como respuesta a la propuesta de EEUU de establecer un nuevo derecho de exportación.

8. Nombres de dominio de Internet:

- i. La propuesta estadounidense (3.1) insiste en la relación entre nombres de dominio y marcas comerciales con el riesgo que esto supone para la libertad de expresión en aquellos casos donde se utilizan marcas comerciales u otros signos distintivos con ánimo de crítica política o económica, sátira, parodia o como parte de un proceso artístico independiente.
- ii. Se debe incorporar una mención expresa en el texto del TPP que restrinja las medidas que se pueden adoptar en casos que se involucre la libertad de expresión u otro tipo de utilidades de buena fe.
- iii. Por último, debe incorporarse una mención expresa y específica de la obligación del ccTLD de respetar la legislación nacional sobre protección de datos de los usuarios del sistema de registro de nombre de dominio y las normas sobre protección del consumidor.

9. Acciones civiles. Indemnizaciones

- i. La propuesta estadounidense (12.3) profundiza el desequilibrio entre las partes de un proceso judicial por infracción a las normas sobre propiedad intelectual al entregarle al titular del derecho la posibilidad de sugerir o entregar el monto del valor en base al cual se determinará la indemnización que el tribunal debe determinar. Se sugiere rechazar la parte final del literal b).
- ii. La propuesta estadounidense (12.4) de establecer indemnizaciones predeterminadas que busquen prevenir futuras infracciones va más allá de lo permitido por el derecho civil continental. Las indemnizaciones tienen la función esencial de reparar o compensar el daño causado y no pueden operar como sanción, para eso está el sistema penal o el derecho administrativo sancionador.

10. Medidas y facultades de oficio

- i. La propuesta estadounidense (14.4 y 15.5.g) exige el establecimiento de facultades para actuar de oficio a las autoridades policiales, judiciales y aduaneras.
- ii. EEUU exige la adopción de medidas de oficio por las autoridades aduaneras, no sólo respecto de bienes exportados e importados desde un país, pero también para bienes en tránsito; esta medida trabaría significativamente el libre flujo de bienes y servicios.
- iii. EEUU exige que las autoridades policiales y judiciales actúen de oficio para obtener el respecto de los derechos de propiedad intelectual, incluso si no existe reclamo de los titulares de derechos supuestamente afectados.
- iv. Los estados partes deberían rechazar la concesión de estas facultades para actuar de oficio, porque incrementan el costo público del respeto a derechos esencialmente individuales, incluso si no hay interés de los supuestos afectados. Las acciones judiciales y aduaneras deben iniciarse siempre a requerimiento de la parte afectada. El titular del derecho de propiedad intelectual debe demostrar interés directo en la persecución de las infracciones.

Santiago de Chile, 18 de abril de 2012

Comentarios u observaciones por favor dirigirlas a:

Daniel Álvarez Valenzuela
Abogado
Director Legal
ONG Derechos Digitales
daniel@derechosdigitales.org