

# Hollywood, el copyright y el TPP

*Hollywood, copyright and TPP*

*Hollywood, o copyright e o TPP*

—

**Karina LUCHETTI**

Universidad Nacional de Quilmes, Argentina / [karinaluchetti@yahoo.com.ar](mailto:karinaluchetti@yahoo.com.ar)

—

*Chasqui. Revista Latinoamericana de Comunicación*

*N.º 132, agosto - noviembre 2016 (Sección Monográfico, pp. 205-222)*

*ISSN 1390-1079 / e-ISSN 1390-924X*

*Ecuador: CIESPAL*

*Recibido: 05-06-2016 / Aprobado: 24-10-2016*

## Resumen

Este artículo se dedica a explorar una serie de cláusulas relativas a derechos de autor y conexos del capítulo de propiedad intelectual del Acuerdo Transpacífico de Asociación Económica, el más ambicioso tratado de libre comercio que se haya concluido desde la conformación de la OMC. Conocido también como TPP (por las siglas en inglés), el acuerdo fue firmado el 4 de febrero de 2016 por doce países de la Cuenca del Pacífico. El artículo se orienta a contextualizar la negociación de estándares en derechos de autor en el TPP como parte de la estrategia de Estados Unidos para conseguir mayores niveles de protección.

**Palabras clave:** copyright; libertad de expresión; industrias culturales; audiovisual.

## Abstract

This article is dedicated to exploring a number of clauses relating to copyright in the intellectual property chapter of the Trans Pacific Partnership Agreement, the most ambitious free trade agreement that has been concluded since the establishment of the WTO. Known as TPP, the agreement was signed on February 4, 2016 by twelve countries of the Pacific Rim. The paper aims to contextualize the negotiation of standards copyright in the TPP as part of the US strategy to achieve higher levels of protection.

**Keywords:** copyright; freedom of expression; cultural industries; audiovisual.

## Resumo

Este artigo se dedica à exploração de uma série de cláusulas relativas aos direitos de autor e conexos do capítulo de propriedade intelectual do Acordo Transpacífico de Associação Econômica, o mais ambicioso tratado de livre comércio realizado desde a conformação da Organização Mundial do Comércio. Conhecido como TPP, da sigla em inglês, o acordo foi firmado em 4 de fevereiro de 2016 por doze países da Bacia do Pacífico. O artigo também contextualiza a negociação de padrões para os direitos de autor no TPP como parte da estratégia estadunidense para alcançar maiores níveis de proteção.

**Palavras-chave:** copyright; liberdade de expressão; indústrias culturais; audiovisual.

## 1. Introducción

La constitución en 1995 de la Organización Mundial del Comercio puso en alerta a los sectores culturales de muchos países que vieron en el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS) una amenaza para la continuidad y el desarrollo de sus políticas de protección y fomento a las industrias audiovisuales nacionales. El ingreso del audiovisual a la vorágine del libre comercio, sin embargo, no se constató solamente en el AGCS, que finalmente no excluyó a ningún servicio del sistema de rondas de negociación multilaterales con las que se persigue la progresiva liberalización de todos los sectores de la economía. Entre los anexos del acuerdo que instituye la OMC también se cuenta un Acuerdo sobre Aspectos de la Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) con el que se dictaron los estándares mínimos de protección y observancia del *copyright* que deben garantizarse entre los miembros del organismo y que es el punto de inicio para una nueva etapa en la regulación internacional de los derechos de autor. Si en función de los términos del AGCS y el ADPIC la política cultural terminó constituyéndose en una moneda de cambio para la obtención de beneficios en otros sectores de la economía, solo en el segundo la transacción se hizo presente desde un inicio con resultados consumados.

El ingreso del *copyright* a la OMC sería un importante y significativo primer paso en la cada vez más frecuente definición de políticas culturales en derechos de autor y conexos a través de acuerdos internacionales de índole exclusivamente comercial, donde la dinámica de “toma y daca” que los gobierna complica la elección de criterios regulatorios que promuevan un mayor equilibrio entre los intereses que la legislación en esta materia se supone que está llamada a balancear. Por cierto, el fortalecimiento de los monopolios de explotación de derechos ha encontrado un curso privilegiado en tratados de libre comercio (en adelante, TLC), con cláusulas que debilitan el dominio público como institución del patrimonio cultural común de libre utilización, reducen las flexibilidades de los países para establecer limitaciones en favor de determinados usuarios y consumidores y, bien por los estrictos términos de sus disposiciones o la interpretación que de ellas se promueve, muchas veces entran en conflicto con la libertad de expresión y los derechos de las personas a la privacidad, el debido proceso y la proporcionalidad de las penas.

Este artículo se dedica a explorar un caso particular: el constituido por el Acuerdo Transpacífico de Asociación Económica, a la fecha el más ambicioso TLC que se haya concluido desde la conformación de la OMC, lo que se evidencia cuando al juicio habitual sobre lo abarcador de las materias reguladas y los estándares promovidos se le suma el de los miembros involucrados, que en conjunto contabilizan el 40% del producto bruto mundial. Conocido también como TPP (por las siglas en inglés), el acuerdo fue firmado el 4 de febrero de 2016 por ministros de doce países de la Cuenca del Pacífico: Brunei, Chile, Nueva Zelanda, Singapur, Australia, Estados Unidos, Perú y Vietnam, que participaron

desde la primera ronda (marzo de 2010), y Malasia, México, Canadá y Japón, que se fueron sumando después. Los debates en torno a las consecuencias del TPP escalan ahora en estos países que han de decidir si llevan o no adelante los procedimientos internos que se requieren notificar para apoyar su entrada en vigor y obligarse al cumplimiento de sus disposiciones.

El análisis que sigue se orienta a explorar el asunto de la regulación del *copyright* en el TPP desde una perspectiva que se apoya en desarrollos teóricos realizados en el marco de estudios en regulación/gobernanza global, donde se ha llamado la atención sobre la elevación permanente de estándares internacionales en propiedad intelectual, el predominio estadounidense en su definición y el involucramiento de actores no estatales en la actividad regulatoria. Siempre con el interés circunscripto a la problemática del *copyright* que tiene vinculación con temas del interés de los grandes estudios cinematográficos, el artículo da cuenta de dinámicas de construcción de la agenda de negociación estadounidense para el TPP y los estándares resultantes del proceso de generación de consenso entre los países que se convirtieron en signatarios.

Motiva el análisis tanto la actualidad del acuerdo comercial como la oportunidad brindada por esta convocatoria para abordar el TPP en tanto vehículo para modificar las legislaciones en derecho de autor. Consideramos que esta situación forma parte de un proceso de globalización de la regulación del *copyright* vinculado con la temática de la transnacionalización de las industrias culturales y el libre comercio sobre el que es importante reflexionar en nuestra disciplina, ya que acontece en una esfera regulatoria en la que –tal como sucede con la liberalización del audiovisual– se arriesgan intereses de bien público (en el caso de la regulación global del *copyright*, no siempre referidos al “ámbito cultural”).

## **2. La globalización de la regulación del *copyright***

La protección internacional de los derechos de autor fue *in crescendo* desde la aparición de los primeros acuerdos bilaterales entre países europeos a inicios del siglo XIX, en los comienzos del comercio transfronterizo de obras, hasta nuestros días, cuando –a pesar de la construcción de un robusto sistema multilateral– el derecho internacional en esta materia vuelve ser impulsado mediante acuerdos bilaterales y plurilaterales.

De hecho, a partir de la década de 1980 se observa un fenómeno de constante cambio de foro para asuntos de propiedad intelectual (PI) con el objetivo de imponer más altos niveles de protección y observancia. El mismo ADPIC fue resultado de la implementación de una estrategia de este tipo: el traslado de asuntos de la competencia de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) a la Ronda de Uruguay del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) promovido por los gobiernos de Estados Unidos y, posteriormente, la Unión Europea y Japón, a instancias de grandes corpo-

raciones, que en la arena del *copyright* tuvo a transnacionales del *software* y a Warner Communications a la cabeza (Drahos & Braithwaite, 2002). El recurso a esta estrategia no finalizó allí. Desde la conclusión del acuerdo de la OMC los promotores de una siempre mayor protección empujaron sus agendas hacia instancias de negociación no multilaterales (cambio de foro vertical) con resultados que hacen incluso que los más críticos del ADPIC puedan apreciar aquel tratado por las flexibilidades que ofrece (Sell, 2010). El carácter estratégico que subyace en este *forum-shifting* pone en evidencia la naturaleza relacional y dinámica del proceso de elevación de estándares, que evidencia resistencias tanto en la fase del establecimiento de normas como en la de su implementación y aplicación efectiva (Sell, 2010).

La inclusión de la PI en el Tratado Transpacífico de Asociación Económica es un caso de cambio de foro. Desde una perspectiva más general puede también ser considerado una de las más nuevas capas de gobernanza que se intenta sumar a lo que algunos estudios han denominado *global media governance*, concepto con el que Ó Siochú y Girad (2002) aluden a la emergencia a fines del siglo XX de actores e instancias internacionales con importante influencia en el modo en que las industrias culturales se configuran dentro de las fronteras nacionales. Si bien no es éste un fenómeno exclusivo del campo de los *media*, el sector de las industrias culturales se ve afectado especialmente por el fuerte dinamismo que se observa en la regulación internacional de la PI en su conjunto.

Este fuerte dinamismo es señalado por Braithwaite y Drahos (2000) en su estudio sobre el establecimiento de normas en trece diferentes áreas de negocios que les permitió obtener amplia evidencia sobre el modo de funcionamiento de lo que algunos estudios llaman *capitalismo regulatorio*, definido como el nuevo orden dentro del capitalismo que se desarrolla a partir de la década de 1970, en el que podría entenderse inserto el “programa” neoliberal (Braithwaite, 2008) y que se caracteriza por densas redes de relaciones y la formación de técnicas regulatorias en las que actores estatales y no estatales resultan tanto reguladores como regulados. El estudio también encuentra que los Estados Unidos resulta el actor más influyente de la globalización de la regulación empresarial. Si bien el poder económico es importante, no deriva en forma automática en la capacidad estatal de ser un generador de normas, para lo que se requiere del desarrollo de una estrategia orientada a generar consensos crecientes que debiliten la posición de los principales oponentes (Braithwaite & Drahos, 2000).

La digitalización, el advenimiento de la *World Wide Web*, la proliferación de nuevas tecnologías y el crecimiento del comercio electrónico han traído desafíos mayores para los modelos de negocios de las industrias que impulsan la re-escritura de la regulación global del *copyright*. Como señala Peter Yu (2014) el amplio y diverso catálogo de medidas de observancia que se introducen en los niveles internacional y nacional para enfrentar la cuestión digital han impuesto serias amenazas a derechos y libertades incluidos en los sistemas de protección de derechos humanos que por principio deberían tener primacía frente a los

intereses económicos de las empresas. En función de que una parte de los derechos de autor se integra a esos sistemas de protección allí también es preciso la restitución de equilibrios llevando al mínimo las tensiones internas y conflictos (Peter Yu, 2014).

### 3. Sobre este análisis

Atento las mencionadas tendencias en la regulación global del *copyright*, este artículo da cuenta de dinámicas de construcción de la agenda de negociación estadounidense para el TPP y de los estándares resultantes del proceso de generación de consenso entre los países que se convirtieron en signatarios, con el interés circunscripto a la problemática del *copyright* vinculada a demandas de los grandes estudios cinematográficos.

En relación a las dinámicas de conformación de agenda se presentan aspectos clave de la relación entre la Oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos (USTR, por las siglas en inglés) y dos asociaciones de la industria del *copyright*, la International Intellectual Property Alliance y la Motion Pictures Association of America. El análisis de estándares compara los del TPP con: a) los estándares aceptados en los acuerdos multilaterales (el mencionado ADPIC y los “Tratados de Internet de la OMPI” concluidos en 1996); y b) las demandas y evaluaciones realizadas por la industria del *copyright* y, en particular, por los grandes estudios (IIPA, 2010; MPAA, 2010; Time Warner, 2010; ITAC-15, 2010), en relación a las que se comentan implicancias sociales vinculadas a su inclusión u omisión. El análisis se completa y enriquece con referencias a posiciones del negociador estadounidense que fueron conocidas a través de filtraciones de documentos en las que constan posturas de las partes negociadoras (KEI, 2011; WikiLeaks, 2013).

Tal como fue sostenido en relación a diversas iniciativas (Drahos & Braithwaite, 2002; Sell, 2010, por ejemplo) entendemos que existe una fuerte influencia de las transnacionales de la industria del *copyright* en general y de los grandes estudios en particular en la formulación de estándares internacionales cada vez más altos en materia de derechos de autor (con consecuencias negativas en relación a varios intereses de bien público) de las que el TPP no sería una excepción, atento a la pervivencia de dinámicas de la conformación de agenda negociadora de EE.UU. en relación a estos temas.

### 4. Hollywood y el *copyright* desde la perspectiva estadounidense

En diciembre de 2009 la Oficina del USTR informaba al Congreso y hacía pública la intención formal del Presidente de entrar en las negociaciones del TPP, definido como un acuerdo de alto nivel que funcionaría como un medio para

promover los intereses económicos estadounidenses en Asia Pacífico, con las economías de más rápido crecimiento en el mundo, y una herramienta para expandir las exportaciones del país (Federal Register, 2009; USTR, 2009).

La negociación del acuerdo, que se intentaría ampliar a otros países de esa región, fue saludada por la International Intellectual Property Alliance (IIPA, 2010), coalición de asociaciones empresarias de las industrias del *copyright* estadounidense<sup>1</sup> representativa de los intereses de las grandes transnacionales del sector y principal agente internacional de *lobby* para estos asuntos. La entidad, cuya abultada agenda incluye también demandas sobre acceso a mercados y eliminación de barreras arancelarias, respondería al pedido de comentarios sobre el TPP con una solicitud que en materia de *copyright* es de “consistencia y coexistencia” con los TLC negociados con anterioridad por Estados Unidos y una serie de demandas específicas que en algunos casos representan los más altos estándares conseguidos en ese tipo de acuerdos (IIPA, 2010). En la misma línea se cuentan los comentarios que hicieron llegar al USTR algunas asociaciones representadas por la IIPA, incluida la Motion Pictures Association of America (MPAA, 2010), y una de las compañías del sector audiovisual que más *lobby* ha hecho para elevar la protección internacional: Time Warner (2010).

En general las demandas de la industria del *copyright* son tomadas muy seriamente por la Oficina del USTR, cuyas negociaciones internacionales en este campo han llegado a imponer cambios en la legislación nacional previamente rechazados en tratamiento legislativo (Samuelson, 1997). Varios factores colaboran en la fuerte imbricación entre la autoridad negociadora estadounidense y esta industria. El aporte que la PI, en general, y el *copyright*, en particular, realizan a la economía de Estados Unidos, país con un perfil claramente exportador en estos rubros, pero también una serie de factores político-institucionales.

Karagaris y Flynn (2012) describen tres. Primero, la fluida relación del USTR con la IIPA, constituida en fuente de información para la elaboración del informe anual sobre adecuación y eficacia de la PI en mercados externos y la toma de decisiones sobre la participación de los países en mecanismos preferenciales de acceso al mercado estadounidense. A esta delegación de tareas de investigación, se agrega el intercambio de cuadros gerenciales que en el curso de sus carreras pasan de las asociaciones y principales compañías de la industria al USTR y otras oficinas gubernamentales, y viceversa. El complejo entramado de relaciones se completa con la conformación por el USTR de comités asesores en PI integrados por miembros de las asociaciones y compañías de las industrias involucradas (del *copyright*, farmacéutica, etc.) y de los estudios de abogados que las representan (Karagaris & Flynn, 2012).

---

1 Software Alliance, Entertainment Software Association, Independent Film & Television Alliance, Motion Picture Association of America, Association of American Publishers, National Music Publishers' Association, y Recording Industry Association of America.

Entre las tareas de estos comités industriales o funcionales se cuenta brindar información y hacer recomendaciones a los negociadores estadounidenses en relación a los distintos temas involucrados en los TLC. Por esta razón, el Industrial Trade Advisory Committee on Intellectual Property (ITAC-15) estuvo en todo momento en conocimiento de los borradores y las discusiones alrededor del capítulo sobre PI del TPP y en posición de poder constituirse en un actor influyente, a diferencia de las asociaciones de la sociedad civil y la ciudadanía en general que solo podrían conocer detalles del acuerdo a través de sucesivas filtraciones. En el ITAC-15 (que ha incluido lugares para actores importantes del mundo de la tecnología<sup>2</sup>) el sector tradicional del *copyright* se encuentra representado de forma directa por la Recording Industry Association of America y The Walt Disney Company.

En cuanto al aporte de las industrias de *copyright* a la economía estadounidense se pueden hacer distintas aproximaciones. De acuerdo al último informe publicado por IIPA, las industrias del *copyright* responden en 2013 por el 6,7% del PBI de los Estados Unidos, el 4% del empleo total y el 4,8% del empleo privado de ese país (Siwek, 2014). Además, se estiman ingresos por 156.300 millones de dólares en concepto de exportaciones y ventas al exterior para un conjunto seleccionado de productos protegidos por *copyright*, en este último caso con fuente en reportes sectoriales, habida cuenta de las dificultades del U.S. Census Bureau para captar el comercio exterior en este rubro (Siwek, 2014). En rigor esa dificultad resulta una problemática bastante generalizada entre los organismos estadísticos de los países (no exclusiva de Estados Unidos) y extendida dentro del sector servicios (no solo para la industria del *copyright*).

Una medida de la diferencia entre la estimación oficiosa y la oficial se puede tener al considerar el audiovisual destinado a pantallas<sup>3</sup>, segundo rubro en importancia de la industria del *copyright* estadounidense –el primero es el *software*, segmento cuyos ingresos del exterior suman el 76,9% del total de lo informado por las empresas (elaboración propia sobre datos de Siwek, 2009). Mientras que para 2007 la agencia estadística estadounidense registraba 14.600 millones de dólares en ingresos del exterior por películas y videos, la MPAA estimaba en 20.400 millones de dólares las ventas en el exterior por parte de sus afiliadas para todos los productos que comercializan (películas, videos y programas de TV), valor que es un 40% más que lo contabilizado por el U.S. Census Bureau (Siwek, 2009). Más allá de las limitaciones que puedan computárseles, las cifras oficiales permiten ponderar el peso que el *copyright* tiene en el total del suministro de servicios por Estados Unidos, que no resulta nada despreciable. A partir de datos provistos por el Bureau of Economic Analysis (BEA, 2015) del Departamento de Comercio, que ofrece cifras del comercio exterior de dis-

---

2 Como Yahoo! y Apple que son usuarios, pero también registrantes de propiedad intelectual.

3 Conforme la definición de la OMC, los servicios audiovisuales incluyen los servicios de producción y distribución de películas cinematográficas y cintas de video, de proyección de películas cinematográficas, de radio y televisión, de transmisión de sonidos e imágenes, de grabación sonora y otros sin especificar.

tintos rubros de las industrias del *copyright*<sup>4</sup> se obtiene que este sector explica el 8,3% de las exportaciones de servicios y el 19,1% del superávit de esa balanza de servicios.

En 2013, la participación de la industria estadounidense en el mercado mundial audiovisual (incluye fonogramas), calculada sobre la base del volumen de negocios de los principales 50 grupos, ascendía al 66,4% (EAO, 2013). Una parte considerable de esa participación corresponde a servicios audiovisuales destinados a las pantallas, mercado en que Estados Unidos tiene un lugar indiscutido. Es un gran productor mundial de películas (9,7% de los títulos producidos) y tiene el segundo mercado nacional de espectadores del mundo (22% de los espectadores), en ambos casos solo superado por la India (con 22% de los títulos y el 30% de los espectadores) (elaboración propia sobre datos de UIS, 2016a & 2016b). Pero a diferencia del país asiático destaca por el predominio de sus films en las pantallas del mundo (UIS, 2016b). La industria estadounidense distribuye sus películas en más de 150 países (MPAA, 2010). Las empresas a las que representa la asociación estadounidense MPAA (2010) obtienen el 46% de sus ingresos del exterior.

El peso económico de las industrias a las que está vinculada (cinematográfica, televisiva) no alcanza a explicar por sí solo la influencia que logra la MPAA en las relaciones comerciales estadounidenses. Lee (2008) ha apuntado varias razones importantes adicionales: la vasta experiencia de la asociación en negociar por sus propios medios con gobiernos extranjeros (que le valió el mote de “Pequeño Departamento de Estado”); la mayor influencia que actualmente consiguen los grupos del sector privado en las negociaciones internacionales; la experiencia de máximos dirigentes empresariales y personal de la MPAA como funcionarios de gobierno; y la relación de larga data con el aparato estatal estadounidense (incluido el estrecho vínculo con la Secretaría de Estado que para mediados del siglo pasado se cimentaba sobre el valor propagandístico propiciado y reconocido en las películas de las grandes compañías). Entendemos que a esto hay que agregar el peso de conjunto, económico y de *lobby*, que consigue con otras industrias con intereses que confluyen en una gran cantidad de compromisos horizontales de protección y observancia.

## 5. De la agenda de Hollywood para el *copyright* al TPP

Una primera aproximación al temario de Hollywood para el capítulo puede obtenerse sencillamente a partir de dos documentos elaborados poco antes del inicio de las negociaciones: las respuestas de la MPAA (2010) y Time Warner

---

4 Dada la estructuración económica de la industria fonográfica, donde las empresas que dominan el mercado global tienen presencia en los mercados nacionales por establecimiento de subsidiarias, los montos en este concepto tanto de exportación como de importación no resultan muy significativos.

(2010) a la convocatoria a realizar comentarios públicos que pudieran servir al desarrollo de los objetivos estadounidenses. En esos documentos, manifiestan esperar que los negociadores aseguren en el TPP la adhesión a los tratados de Internet de la OMPI, plazos de protección iguales a los vigentes en Estados Unidos y diversos compromisos relativos a la cuestión digital. Completa y efectiva implementación de los Tratados de Internet de la OMPI, protección de las copias temporales, inclusión de derechos de puesta a disposición y de disposiciones anti-elusión de medidas tecnológicas de protección, medidas de observancia al día con los desarrollos tecnológicos, pautas claras de responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet (ISP) y disposiciones “adecuadas” de notificación y retiro de contenidos. Además, pretenden que el TPP extienda a otros países las disposiciones anti-*camcording* y anti-“piratería” de señales portadoras de programas incluidas en TLC negociados por Estados Unidos, con el de Corea del Sur como el mejor estándar (MPAA, 2010 & Time Warner, 2010).

A continuación, se analizan los resultados del TPP en relación a la mayor parte de estos temas<sup>5</sup>, junto con dos cuestiones importantes que permiten tener una visión más general de los estándares comprometidos: las salvaguardas de interés público y la proclamación sobre balance de intereses en los sistemas de *copyright* que generaron disconformidad en el ITAC-15 (2015).

### 5.1 Objetivos, principios y entendimientos del capítulo

El capítulo sobre PI del TPP se inicia con una sección sobre “Disposiciones generales” en la que se incluyen tres artículos que describen los fines generales y entendimientos por los que se rige. Los objetivos y principios reiteran las salvaguardas de interés público que los países menos desarrollados lograron introducir en ADPIC, mientras que los entendimientos incorporan otras, novedosas, bastante más centradas en temas culturales<sup>6</sup>. Así, las partes del acuerdo plurilateral “reconocen la necesidad” de promover la innovación y la creatividad, facilitar la difusión de información, conocimiento, tecnología, cultura y las artes, y fomentar la competencia y mercados abiertos y eficientes. También del respeto por los principios de transparencia y debido proceso.

Aun cuando estas cláusulas de resguardo están por demás contrarrestadas por las detalladas protecciones que el capítulo reserva a los titulares de derechos, su inclusión es positiva dado que los principios y objetivos asisten la interpretación de los árbitros intervinientes en disputas que en el caso del TPP no solo podrían ser Estado-Estado sino también inversor-Estado (Weatherall, 2015).

El conjunto de protecciones a la afectación de intereses públicos que finalmente se incluyó es bastante más moderado que lo que anunciaban las filtraciones (WikiLeaks, 2013) que muestran a Estados Unidos y Japón presentando

5 Este trabajo preliminar no incluye el análisis de las cláusulas correspondientes a derecho de puesta a disposición y medidas tecnológicas de protección.

6 Arts. 18.2, 18.3, 18.4.

oposición a salvaguardas a la postre removidas y “reconocimientos” de la importancia del dominio público trasladados a la sección “Cooperación”<sup>7</sup> presumiblemente con el fin de rebajarlos. A pesar de los cambios introducidos, el ITAC-15 (2010) manifestaría encontrarse fuertemente dividido entre quienes adhieren sin reservas a la inclusión de estas salvaguardas por el “sentido de balance” que introducen, y aquellos a los que les preocupan que reflejen escepticismo en relación al rol fundacional de la PI en el alcance de objetivos que –a su entender– se logran mediante fuertes sistemas de protección.

## 5.2 Adhesión a los tratados de Internet de la OMPI

La digitalización e Internet no ingresaron al ADPIC, pero sí lo hicieron a los Tratados de Internet de la OMPI que van sumando partes contratantes por obligaciones de adhesión incluidas en acuerdos de libre comercio promovidos por los Estados Unidos y la Unión Europea. Así también en el caso del Acuerdo Transpacífico de Cooperación<sup>8</sup> que posibilitaría sumar a Brunei, Nueva Zelanda y Vietnam, lo mismo que a otros no adherentes que decidan ingresar al TPP. Estos acuerdos son los introductores del derecho de puesta a disposición del público (relativo a las comunicaciones electrónicas interactivas) y de la tutela legal contra la elusión de las medidas tecnológicas de protección (restricciones técnicas con las que los titulares de derechos limitan las utilidades que se pueden hacer de una obra, interpretación o fonograma), dos temas de interés de las industrias del *copyright* sobre los que también se ocupa el TPP.

## 5.3 Derecho de reproducción

El TPP se presentó, además, como una nueva posibilidad de discutir la definición del derecho de reproducción a propósito de la cuestión digital. La definición finalmente introducida abarca las reproducciones realizadas de cualquier manera o forma, incluida la forma electrónica<sup>9</sup>, con omisión de toda referencia a las copias temporales<sup>10</sup> –que sí figuraban en el documento filtrado en noviembre de 2013 (WikiLeaks, 2013). De haber primado el interés de las *majors* se estaría ante una restricción de extremo desproporcionada de la libertad de expresión en línea dado que hasta la misma actividad de navegación (por las copias temporales que genera) podría considerarse infractora (Article 19, 2013).

La IIPA (2010), que esperaba la inclusión en el TPP de los Tratados de Internet de la OMPI, manifiesta valorar estos acuerdos, entre otras cosas, por contener una definición amplia del derecho de reproducción que abarca copias temporales. Se trata de una particular interpretación de tratados en los que se

7 Art. 18.15.

8 Art. 18.7.

9 Art. 18.58.

10 Caen bajo el calificativo de *temporales* las copias intermedias que se hacen en el curso de la transmisión de paquetes por Internet, las copias caché de sitios web que se almacenan en los servidores para permitir el acceso rápido de los usuarios a los contenidos que solicita y las copias RAM que se hacen en el disco rígido de una computadora al navegar un sitio web.

aceptó una redacción muy general sobre la aplicación del derecho de reproducción al entorno digital luego de que hicieron escuchar sus voces las empresas de telecomunicaciones y otras compañías dedicadas a la alta tecnología, cuya actividad podría verse afectada por la imposición de responsabilidad directa por infracciones al *copyright* en virtud de actos de terceros (Samuelson, 1997). En todo caso, no se puede descartar que se intente reintroducir la cuestión en los procesos de implementación del TPP.

#### 5.4 Duración de la protección

La duración de la protección por derechos de autor y conexos acordada en el TPP alcanza toda la vida del autor más setenta años cuando la autoría corresponde a personas físicas, y setenta años desde publicación cuando recae en personas jurídicas<sup>11</sup>. En ambos casos, por lo menos veinte años por encima de los plazos comprometidos en ADPIC<sup>12</sup>. Los nuevos plazos, que además son de aplicación retroactiva, se lograron muy a pesar del “reconocimiento” de la importancia de un dominio público robusto y accesible<sup>13</sup> ya que en la práctica el TPP empobrece y menoscaba este reservorio del patrimonio intelectual de libre utilización.

La propuesta original fue presentada por los Estados Unidos, que esperaban una protección similar a la que rige en ese país desde la sanción en 1998 de la Sonny Bono Copyright Extension Act (peyorativamente, Mickey Mouse Act) (KEI, 2011). Finalmente, su propuesta se impuso tal cual en relación a personas físicas y con un poco menos de éxito en relación a personas jurídicas (buscaba 95 años desde publicación o 120 años desde creación).

La continua extensión de plazos ya excesivos y la condición de su aplicación retroactiva son especialmente problemáticas. Reducen las posibilidades de disfrute y re-utilización de obras, condicionadas económicamente; incrementan la cantidad de obras huérfanas (están bajo período de protección pero no se conoce quiénes tienen los derechos o cómo ubicarlos y por lo tanto no se pueden utilizar) (Article 19, 2013); y aumentan las posibilidades de que las obras terminen perdidas (los titulares de derechos están interesados en pocas obras de la parte más antigua de su catálogo y no se preocupan por la conservación del resto). También aumentan considerablemente los pagos por *copyright* al extranjero en los países que no tienen posiciones de predominio mundial. Por caso, en el estudio sobre impacto del TPP en Malasia encargado por el gobierno de ese país se indica que la extensión de los plazos de protección supondría un incremento de pagos al exterior por 155 millones de dólares al año por libros, música y películas (ISIS, 2015).

11 Art. 18.63.

12 El TPP incluye el trabajo fotográfico en la definición de obra y no le especifica plazo especial, de modo que la duración en el estándar internacional se extiende cincuenta años. Art. 18.11.

13 TPP, 18.15.

### 5.5 Limitaciones y excepciones

Al igual que el ADPIC, pero con una formulación un tanto diferente, en el TPP las limitaciones y excepciones a los derechos exclusivos –que se usan para promover derechos de terceros o al menos, no impedir su grave conculcación– deben aprobar un test de licitud. Tienen que ser casos especiales, no afectar la explotación normal de la obra (el TPP agrega: la interpretación o ejecución o fonograma) y no causar perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular<sup>14</sup>. Solo en cumplimiento de tales condiciones es posible la existencia de estos instrumentos legales por los que se permite a los usuarios hacer utilizaciones para las que no se requerirá la previa y expresa autorización de uso de los titulares de derechos (pero a veces sí el pago de una remuneración legal o una tarifa).

Donde existe en el TPP una novedad sustantiva es en la introducción de un artículo que establece que las partes “procurarán” alcanzar un equilibrio apropiado en sus sistemas de derechos de autor y conexos por medio de limitaciones y excepciones, incluso para el entorno digital<sup>15</sup>, a propósito de lo cual ofrece una enumeración no taxativa de fines legítimos<sup>16</sup> y exige conformidad con el test de licitud. A pesar de lo condicionado que está el establecimiento de limitaciones y excepciones, la introducción de esta cláusula en un tratado de libre comercio resulta un aporte valioso a los intentos de construcción de sistemas balanceados<sup>17</sup>.

### 5.6 Los daños y las penas

La inclusión por primera vez en ADPIC de medidas de observancia sigue en el capítulo sobre PI del TPP con una sección específica con obligaciones en relación a la persecución de actos infractores que se evidencian desproporcionadas.

El TPP obliga a las partes a contar con un sistema de resarcimiento de daños para infracciones a derechos de autor y conexos que incluya indemnizaciones pre-determinadas y/o indemnizaciones adicionales (como pueden ser las indemnizaciones ejemplares y punitivas)<sup>18</sup>. Se opte o no por la importación de la institución de los *statutory damages* (en que el monto del daño está determinado por ley), los países igualmente tendrán que disponer instrumentos para las siempre reclamadas sentencias disuasorias en los que las indemnizaciones son calculadas sobre base distinta a la del daño efectivamente causado.

14 Art. 18.65.1 y 18.65.2

15 Art. 18.66.

16 Son los de comentario, cobertura de noticias, enseñanza, becas, investigación y otros fines similares, y la facilitación del acceso a obras publicadas a personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso.

17 A pesar de los reclamos de organizaciones de la sociedad civil y de la presión ejercida sobre el USTR por congresistas estadounidenses y las grandes compañías tecnológicas (EFF, 2015) que van incrementando su capacidad de negociación para la regulación global, la cláusula no incluyó obligaciones específicas de establecimiento de excepciones ni de incorporación del sistema de *fair use*, elemento clave de la legislación de Estados Unidos que ese país no exporta a través de sus TLC.

18 Art. 18.74.6.

Aparte de esto, el TPP se pone “al día” con los desarrollos tecnológicos al unísono que con las demandas de la industria al disponer que tendrá que haber tanto sanciones civiles como penales por la piratería dolosa lesiva a “escala” comercial, que en el TPP incluye tanto actos motivados por una ganancia comercial o financiera, como actos que tengan un impacto perjudicial o significativo en el titular de derechos<sup>19</sup>.

También se llegó a poner sobre la mesa de negociación del TPP problemas como la copia de films durante una proyección, para lo que Estados Unidos y Canadá vienen exigiendo medidas penales en la negociación de distintos acuerdos. Finalmente, los países incluyeron una disposición que obliga a las partes a adoptar o mantener –como mínimo– procedimientos y sanciones penales contra la “copia no autorizada de una obra cinematográfica exhibida en una sala de cine”<sup>20</sup>. No obstante, el ITAC-15 (2015) observa que el estándar introducido no es idéntico que el que prevé el TLC con Corea del Sur, que espera poder conseguir en la instancia de implementación del acuerdo.

Con el objetivo de perseguir la “piratería” de señales (sin antecedentes en ADPIC), el TPP introduce obligaciones de contar con recursos civiles y sanciones penales aplicables a la recepción o distribución de señales sin autorización del distribuidor y a actos dolosos de manufactura o distribución de medios técnicos con el que pueda hacerse un descifrado no autorizado<sup>21</sup>. Para casos que involucren señales de cable las partes pueden optar por disponer de recursos civiles o sanciones penales, pero cuando se trate de señales satelitales tienen que garantizarse las dos posibilidades. La introducción de sanciones penales no está condicionada a que exista persecución de lucro. Por lo que se ve, algún criterio de proporcionalidad pudo manejarse en las negociaciones, dado que el borrador filtrado de posición estadounidense fechado en febrero de 2011 indica que en todos los casos (“colgados del cable” incluidos) tocaban sanciones penales.

### **5.7 Proveedores de servicios de Internet**

El TPP incluye una sección completa sin antecedentes en tratados multilaterales dedicada a establecer las bases de sistemas de “incentivos legales” para que los proveedores de servicios de Internet cooperen con los titulares de derechos en la disuasión y el almacenamiento de materiales considerados infractores y de “limitaciones” de responsabilidad destinadas a impedir la imposición de compensaciones monetarias contra los ISP por infracciones que no controlen, inciten o dirijan pero que sucedan en sus redes<sup>22</sup>. Secciones similares a ésta fueron incluidas en otros TLC a instancias de Estados Unidos que de esta forma hace más de una década que viene “exportando” su Digital Millennium Copyright Act, lo que ha sido criticado por la posibilidad imponer principios de responsabi-

---

19 Art. 18.77.

20 Art. 18.77.4.

21 Art. 18.79.

22 Secc. J.

lidad civil subsidiaria ajenos a los ordenamientos jurídicos que adoptan el sistema (EFF, 2005).

La regulación del tema en el TPP es menos detallada que las existentes en los TLC anteriores con países de América Latina y el Caribe, con los que comparte obligaciones clave: retiro o inhabilitación del acceso a materiales almacenados a petición de los usuarios, si se recibe una notificación<sup>23</sup>; no obligatoriedad de monitoreo de las redes por parte de los ISP (pero tampoco prohibición)<sup>24</sup>; y posibilidad de obtener por vía judicial o administrativa información sobre el supuesto infractor<sup>25</sup>. La diferencia con la DMCA es especialmente notable en este último punto. Mientras que en la ley estadounidense la orden de revelar datos emana de un secretario de tribunal, en el TPP se hace expresa referencia al establecimiento de procedimientos de conformidad con los sistemas legales de las partes y los principios del debido proceso y la privacidad<sup>26</sup>.

El acuerdo plurilateral no obliga a adoptar un sistema de contra-notificación que permita a los usuarios solicitar la restitución del material deshabilitado, pero impone condiciones para establecerlo<sup>27</sup>. Se trata de un problema especialmente preocupante en sistemas de notificación y retiro privados promovidos legalmente donde la decisión sobre qué es una infracción a los derechos de autor y conexos y qué material puede alojarse o circular por las redes es decidida por quienes alegan ser titulares de derechos (y hasta puede que lo sean). En estos sistemas, el incentivo a los proveedores de servicios para que “cooperen” con los titulares de derechos viene vehiculizado por el atractivo que ofrece entrar en “puerto seguro”, estado de certidumbre sobre la imposibilidad de que un eventual dictamen ulterior pueda determinar responsabilidad por actos de terceros en el que indefectiblemente amarran quienes se avienen a cumplir las condiciones.

La implementación de sistemas legales de notificación y retiro privados es una de las posibilidades presentes en el TPP. Pero no la única: también pudieron incluirse dos anexos que permiten la pervivencia de sistemas donde el resguardo de los derechos de autor y conexos se acompaña de disposiciones de resguardo de la libertad de expresión. El sistema canadiense, que podrá seguir siendo utilizado por ese país<sup>28</sup>, y el sistema chileno, cimentado sobre las flexibilidades del art. 17.11.23 de su TLC bilateral con Estados Unidos<sup>29</sup> que se incorpora como alternativa a la sección<sup>30</sup>. Por lo menos hasta nuevo aviso, dado que se puede dar por descontada la presión estadounidense para que los países opten

23 Art. 18.82.3.

24 Art. 18.82.6.

25 Art. 18.82.7.

26 Ib.

27 Art. 18.82.4.

28 Anexo 18-F.

29 TLC Chile-EE.UU, 2003. El extenso art. 17.11.23 contiene todas las obligaciones relacionadas a proveedores de servicio contenidas en el capítulo sobre PI de ese acuerdo.

30 Anexo 18-J.

por un sistema de notificación y baja privados. De hecho, los Estados Unidos se han mostrado muy disconformes con el modelo chileno y al día de hoy continúan urgiendo al país andino a enmendar el sistema implementado (USTR, 2016) que para la notificación y baja de contenidos optó por un procedimiento judicial.

## 6. Palabras finales

Hasta donde permiten ver las filtraciones, el TPP ofrece un nuevo ejemplo de la confluencia de posiciones entre los grandes estudios cinematográficos y el USTR lo que parece poder explicarse por razones de índoles económica y político-institucionales.

El acuerdo también ilustra la considerable –aunque no completa– capacidad que hasta el momento viene demostrando tener la agenda de Hollywood y en general de la llamada industria del *copyright* para imponerse en la regulación global de los derechos de autor.

El capítulo sobre propiedad intelectual del TPP ha incluido cláusulas por las que las partes expresan su reconocimiento del valor del dominio público y de la existencia de sistemas balanceados en materia de *copyright* que no tienen antecedentes en tratados libre comercio liderados por EE.UU. Las salvaguardas y declaraciones incluidas no alcanzan sin embargo para dar por nulos los compromisos que se aceptarían con la ratificación de un acuerdo que, luego de años de negociación secreta, recién ahora involucra en la discusión a las sociedades de los países que lo suscribieron. Aparte de los plazos de protección que una vez más vuelven a ser elevados de manera considerable a beneficio de un grupo de compañías interesadas en seguir sacando provecho de un número poco significativo de obras que integran amplios catálogos bajo llave, existen otro conjunto de compromisos “anti-piratería” que resultan especialmente desproporcionados a la hora de calcular los daños involucrados y no se preocupan por los fines no comerciales involucrados en algunas prácticas que criminalizan.

Si bien es cierto que en algunos de los temas analizados han podido ser desactivadas importantes amenazas a la libertad de expresión, la etapa de implementación puede funcionar como una oportunidad para empujar interpretaciones de los compromisos adquiridos que fueron rechazadas durante una negociación plurilateral.

Los estándares internacionales del ADPIC han sido ampliamente superados por el TPP, acuerdo que de entrar en vigor puede resultar muy significativo incluso para países que no lo integran, toda vez que permitiría ampliar la cantidad de contratantes dispuestos a aceptar esos niveles en las instancias multilaterales de la regulación global del *copyright*, en cuya construcción intervienen estrategias de *forum-shifting*.

## Referencias bibliográficas

- Article 19 (2013). Acuerdo de Asociación Transpacífico: capítulo sobre propiedad intelectual. Recuperado de <http://bit.ly/1GBWhff>.
- BEA [Bureau of Economic Analysis] (2015). International Transactions. Recuperado de <http://bit.ly/2f8acFR>.
- Braithwaite, J. & Drahos, P. (2000). *Global business regulation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Braithwaite, J. (2008). *Regulatory capitalism*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Drahos, P. & Braithwaite, J. (2002). *Information Feudalism*. London: Earthscan Publications.
- EAO [European Audiovisual Observatory] (2013). *2013 Yearbook Anuary. Vol. 2*. Lange, A. (Ed.). Strasbourg: European Audiovisual Observatory.
- EFF [Electronic Frontier Foundation] (2005). On Internet Service Provider Safe Harbors and Expedited Subpoena process in the U.S. Digital Millennium Copyright Act and recent bilateral FTA. Recuperado de <http://bit.ly/2fsQOEc>.
- EFF [Electronic Frontier Foundation] (2015, 18 de agosto). Will Hollywood's Whining Thwart Better TPP Copyright Rules? Recuperado de <http://bit.ly/2ffkeCC>.
- Federal Register (2009, 16 de diciembre). Request for Comments Concerning Proposed TPP. 74(240). Recuperado de <http://bit.ly/2fRVHr5>.
- Siwek (2009). Copyright Industry in the US Economy. The 2003-2007 Report. Washington: IIPA. Recuperado de <http://bit.ly/2fRZuEJ>.
- IIPA [International Intellectual Property Alliance] (2010, 25 de enero). Public Comment Concerning the Proposed TPP. Recuperado de <http://bit.ly/2ffm2vs>.
- Siwek (2014). Copyright Industry in the US Economy. The 2014 Report. Washington: IIPA. Recuperado de <http://bit.ly/2fRYKiS>.
- ISIS [Institute of Strategic and International Studies] (2015). National Interest Analysis of Malaysia's Participation in the TPP. Recuperado de <http://bit.ly/2eeb8ZW>.
- Karagaris, J. & Flynn, S. (2012). Red de gestión y USTR. En J. Karaganis (Ed.), *Piratería de medios en las economías emergentes* (pp. 81-106). Recuperado de <http://bit.ly/1GXlhxS>.
- KEI [Knowledge Ecology International] (2011). Draft – February 10, 2011. Recuperado de <http://bit.ly/2fJAZUq>.
- Lee, K. (2008). "The Little State Department": Hollywood and the MPAA's Influence on U.S. Trade Relations. *Northwestern Journal of International Law & Business*, 28(2), 371-397. Recuperado de <http://bit.ly/2fS3a9z>.
- MPAA [Motion Pictures Association of America] (2010, 25 de enero). Request for public comment on the proposed TPP. Recuperado de <http://bit.ly/2fvVZ2w>.
- Sell, K. (2010). *Cat and mouse. Forum-shifting in the battle over intellectual property enforcement*. Recuperado de <http://bit.ly/2ffpwhB>.

- Time Warner (2010, 25 de enero). Re: Public Comments Concerning the Proposed TPP. Recuperado de <http://bit.ly/2ee8hQT>.
- UIS [Instituto de Estadística de la Unesco] (2016a). Diversidad e industria cinematográfica. Montréal: Instituto de Estadística de la Unesco. Disponible en <http://bit.ly/2ffphDf>.
- UIS [Instituto de Estadística de la Unesco] (2016b). Features films. Recuperado de <http://bit.ly/2fsPVeT>.
- USTR [United States Trade Representative] (2009, 14 de diciembre). President's intention to enter into negotiation of TPP. Recuperado de <http://bit.ly/2ee7kIb>.
- USTR [United States Trade Representative] (2016). 2016 Special 301 Report. Recuperado de <http://bit.ly/1VC434h>.
- WikiLeaks (2013, 13 de noviembre). Secret TPP treaty: Advanced Intellectual Property chapter for all 12 nations with negotiating positions. Recuperado de <http://bit.ly/18vYho6>.
- Yu, P. (2013). Digital Copyright Enforcement Measures and Their Human Rights Threats. Recuperado de <http://bit.ly/1aCDIaI>.