

Debates de Política Pública

Daniel Álvarez Valenzuela
Rodrigo Velasco Alessandri

Acuerdo Transpacífico de
Libre Comercio (TPP),
propiedad intelectual e
internet: Dos visiones

Debates de Política Pública

Nº 17 / septiembre 2016

La serie *Debates de Política Pública* es editada en formato digital por el Centro de Estudios Públicos (CEP). El director y representante legal del CEP es Harald Beyer Burgos. Dirección: Monseñor Sótero Sanz 162, Providencia, Santiago de Chile. Fono: 2 2328 2400. Fax: 2 2328 2440.

Sitio web: www.cepchile.cl. Email: escribanos@cepchile.cl.

Cada artículo es responsabilidad de su autor y no refleja necesariamente la opinión del CEP. Esta institución es una fundación de derecho privado, sin fines de lucro, cuyo objetivo es el análisis y difusión de los valores, principios e instituciones que sirven de base a una sociedad libre.

Edición gráfica: David Parra Arias.

Acuerdo Transpacífico de Libre Comercio (TPP), propiedad intelectual e internet: Dos visiones*

Daniel Álvarez Valenzuela
Rodrigo Velasco Alessandri

* Esta es la versión escrita de las presentaciones que ambos autores hicieron en el seminario que sobre la materia organizó el CEP en mayo de 2016.

TPP, derechos de autor e internet

Daniel Álvarez Valenzuela

Abogado, licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Actualmente cursa sus estudios de Doctorado en la misma casa de estudios. Se desempeña como coordinador de investigaciones del Centro de Estudios en Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y como editor general de *la Revista Chilena de Derecho y Tecnología*. Investigador en materias de derechos de autor, privacidad y regulación de tecnologías.

1. Introducción

El Acuerdo Transpacífico de Libre Comercio (TPP por sus siglas en inglés), suscrito por 11 países de la cuenca del Asia Pacífico, constituye un acuerdo político-comercial de consecuencias no dimensionadas que involucra a economías que representan cerca del cuarenta por ciento del PIB mundial. Si bien se sostuvo públicamente que se trataba de un acuerdo de nueva generación (Granados 2014; Elms 2014), su estructura y contenidos no difieren sustancialmente de anteriores tratados de libre comercio promovidos por Estados Unidos (López y Muñoz 2016).

Desde un plano político, el TPP es visualizado como parte de la estrategia de “pivote” de Estados Unidos en el Asia Pacífico, actuando como contención a la fuerza e influencia de China en la región (Furche 2014, 36) y manteniendo el liderazgo de Estados Unidos en el establecimiento de las reglas internacionales de comercio, tal como el presidente Obama ha declarado en reiteradas ocasiones (The White House 2016).

Para Chile, ser parte del TPP representa más bien un asunto de geopolítica que un buen negocio en términos comerciales. Al tener acuerdos de libre comercio con todos los países miembros del TPP, las ganancias esperadas pueden ser marginales (Furche, 17) o incluso —según algunas proyecciones— el impacto en el PIB a mediano plazo podría ser negativo (USDA 2014). De esta manera, más importante que analizar los costos y beneficios económicos del acuerdo, que a la fecha siguen sin ser informados oficialmente por el Gobierno, resulta relevante escudriñar en los eventuales efectos que sus disposiciones podrían tener en ámbitos específicos de nuestra sociedad.

Por ello, en las siguientes líneas analizaremos algunas de las principales obligaciones que los Estados miembros del TPP han acordado asumir —de ser efectivamente aprobados por los respectivos congresos de cada país¹— en particular, las reglas propuestas en materias de derecho de autor y sus posibles efectos sobre la regulación de internet en Chile.

2. Cuestión previa: la doble dimensión del derecho de autor

Una perspectiva, usualmente ignorada en los debates sobre el derecho de autor, es su condición de derecho humano reconocido y amparado por los principales instrumentos del sistema internacional de protección de derechos humanos. Así, tanto la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Inter-

¹ Cuestión que no es evidente incluso en Estados Unidos, donde el TPP se ha transformado en un importante tema en el debate de las primarias presidenciales, por sus eventuales impactos en la generación de empleos en ese país. Véase Palma (2016).

nacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros, reconocen al derecho de autor como objeto de protección.

Este reconocimiento se realiza a partir de la comprensión del derecho de autor como un derecho de doble dimensión. La primera dimensión es aquella que busca garantizar a todas las personas el “derecho de participar” o el “derecho a tomar parte” libremente en la vida cultural de la comunidad, lo que la doctrina ha denominado “el derecho de acceso a la cultura”. La segunda es la comúnmente conocida dimensión de la protección, que se materializa en el conjunto de reglas que tienen por objeto brindar amparo legal a la creación intelectual de una persona mediante la concesión de derechos morales y patrimoniales.

La suma de ambas dimensiones configura el derecho de autor como derecho humano reconocido en los instrumentos internacionales. De esta manera, no es posible comprender ni reflexionar acerca del derecho de autor, sus alcances y efectos, sin vincularlo con el derecho de acceso a la cultura. Ambas dimensiones están indisolublemente entrelazadas.

Con esta concepción se supera la opinión de cierta doctrina tradicional que concebía al derecho de autor como un derecho de carácter autónomo, independiente de otros, donde lo que importaba era proteger los derechos de los autores (y, sobretudo, proteger los derechos de los intermediarios, de los titulares, de la industria basada en el conocimiento).

Conforme sostiene Chapman (2001, 14) no es posible pensar a los derechos de autor sin la dimensión de acceso a la cultura; que el derecho de autor no es un fin en sí mismo. Sólo es posible reconocerlo sujeto a la condición de garantizar el acceso a los bienes que estaban siendo protegidos por esta vía. Por lo tanto, el derecho de autor no tiene que transformarse en un impedimento al acceso a la cultura; al contrario, en un estado ideal, el derecho de autor debiera ser un facilitador de la participación de las personas en la vida cultural de un país.

¿Por qué es importante esta distinción? Porque la evolución del derecho de autor, en las últimas décadas, presionada por la digitalización y la alta disponibilidad de los contenidos protegidos, se ha caracterizado por reformas legales y tratados internacionales de libre comercio,² cuyas disposiciones anulan o ignoran la doble dimensión del derecho de autor y dan cuenta de un desequilibrio en la protección de los intereses de los titulares de derecho de autor y de la sociedad, en desmedro de esta última y del acceso a la cultura, fenómeno que podemos denominar la superprotección del derecho de autor.

Medidas como el aumento de los plazos de protección de las obras, pasando de 50 a 70 años *post mortem*, la legalización de las medidas tecnológicas que impiden u obstaculizan el acce-

² Para un análisis sobre los efectos de los tratados de libre comercio en materia de derechos de autor, véase Álvarez (2005, 103 y ss.); Díaz (2008, 178 y ss.) y Reid (2008, 49 y ss.).

so a éstas o que erosionan el dominio público, o el retiro o bloqueo de contenidos de internet, sin orden judicial previa, son parte del panorama legislativo de múltiples países alrededor del mundo.

Estas medidas comparten el efecto de restringir, limitar o incluso prohibir el acceso a bienes culturales por parte de los usuarios de redes como internet, afectando no sólo el derecho de acceso a la cultura, sino que también otros derechos fundamentales como la libertad de expresión, el debido proceso o, incluso, el derecho a la vida privada,³ cuestión que incluso ha sido recientemente denunciada por diversos relatores del sistema de Naciones Unidas, en materias de derechos humanos, derechos culturales, libertad de expresión, pueblos indígenas, privacidad, entre otras, en una comunicación conjunta dirigida al Gobierno de Chile.⁴

3. Derecho de autor en el TPP

Como viene siendo tradicional en la negociación de los acuerdos de libre comercio, el capítulo de propiedad intelectual suele ser el más extenso, el más controversial, el de más difícil negociación y el último en cerrarse. El TPP, por supuesto, no fue la excepción.

El capítulo cubre disciplinas tan diversas como marcas comerciales, invenciones, indicaciones geográficas, patentes farmacéuticas, derecho de autor y varias otras más. Para efectos de este reporte, nos referiremos únicamente a ciertas obligaciones en materia de derecho de autor y sus reglas de observancia, con especial énfasis en el mundo digital.

a. Medidas tecnológicas de protección

Como era esperable, el TPP contiene un conjunto de disposiciones que obligan a reconocer legalmente las medidas tecnológicas de protección (MTP), que son aquellos componentes lógicos o físicos que permiten establecer restricciones al acceso o a la utilización de una obra protegida por derechos de autor, conforme los parámetros definidos por el titular del respectivo derecho (Canales 2012, 108).

³ Para un análisis sobre las implicancias para la privacidad de las normas sobre derechos de autor contenidas en la propuesta del Anti-Counterfeiting Trade Agreement, véase Cerda (2011, 601-643), las cuales resultan en extremo pertinentes para el análisis del TPP.

⁴ Comunicación conjunta de los procedimientos especiales de Naciones Unidas, de fecha 20 de abril de 2016, suscrita por la relatora especial en la esfera de los derechos culturales, Karima Bennouna; el experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, Alfred De Zayas; el relator especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, David Kaye; el relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Dainius Pûras; relatora especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Lucía Tauli-Corpuz; la experta independiente sobre los derechos humanos y la solidaridad internacional, Virginia Dandan; y el relator especial sobre el derecho a la privacidad, Joseph Cannataci.

Entra las medidas tecnológicas más conocidas, por mencionar sólo algunas, podemos destacar las restricciones de uso de archivos PDF o de libros electrónicos en formatos cerrados; los mecanismos anticopias de CD y DVD; el bloqueo del sistema operativo de un teléfono móvil; la codificación zonal de DVD, que impedían que un soporte etiquetado como Zona 1 fuera posible de ser utilizado en un equipo diseñado únicamente para reproducir discos de Zona 4, lo que permitió a las compañías distribuidoras de películas la segmentación territorial de los mercados, limitando el tráfico, muchas veces lícito, de obras entre diversas zonas geográficas.

En tiempos de Netflix, las medidas de restricción ya no son físicas sino que basta con la georreferenciación de los contenidos según la localización de la dirección IP de la persona que accede a ellos. Así, por ejemplo, los contenidos que puede visualizar un suscriptor de Netflix en Chile, difieren de los contenidos disponibles para los usuarios de Estados Unidos o Europa. Saltarse la georreferenciación, usando redes privadas virtuales (VPN) por ejemplo, podría calificar como un acto que busca eludir una MTP y debiera ser objeto de sanciones, incluso penales, conforme los nuevos parámetros establecidos en el TPP, como veremos más adelante.

Desde un punto de vista general, tal como apunta De la Parra, las medidas tecnológicas de protección generan diversos inconvenientes:

[...] por ejemplo, pueden ser un mecanismo para controlar e impedir la difusión de obras del dominio público, para controlar la comunicación privada de obras [...] para impedir que el usuario realice alguna conducta permitida [...], e incluso, para obligar a las personas a mirar contenidos que no desean ver (como anuncios comerciales o avisos legales). Tales cuestiones pueden llegar a ser contrarias al derecho a la información, y romper el equilibrio entre los intereses de autores y los intereses de usuarios (2015, 653-4).

Si bien Chile está comprometido en el Art. 17.7.5 del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos (TLC Chile-EEUU) a incorporar en su legislación local el reconocimiento de las MTP y sancionar su elusión —compromiso que debió ser implementado antes del año 2009— las obligaciones contenidas en el TPP exceden con creces esos compromisos, en al menos los siguientes ámbitos:

i) *Estándar de conocimiento*. El TLC Chile-EEUU establece que para que la conducta de elusión de una MTP sea objeto de sanción, se requiere que el sujeto que la realiza lo haga “a sabiendas”, esto es, que tenga certeza respecto del hecho que la obra está protegida por una MTP y que realice actividades específicas para lograr la elusión. En cambio, en el TPP el estándar es mucho más laxo. El Art. 18.68.1.(a) exige que la conducta se realice “a sabiendas” o “teniendo motivos razonables para saber”, esto es, una valoración subjetiva donde se intentará demostrar que una persona “debió saber”, lo que podría implicar el establecimiento de sanciones a personas que no sabían efectivamente que estaban eludiendo una medida tecnológica de protección, por ejemplo, la persona que utiliza redes privadas virtuales para proteger su conexión a internet y se conecta a

su cuenta legítima de Netflix o la persona que copia sus ebooks adquiridos legalmente para compartirlo dentro de su familia, cuestión protegida por nuestra legislación.

ii) *Excepciones a las MTP*. El TLC Chile-EEUU establece un amplio catálogo de excepciones a las reglas sobre elusión de MTP (artículo 17.7.5.d.), con el objeto de proteger ciertas prácticas y usos legítimos de obras que pueden colisionar con éstas, como por ejemplo, las actividades de ingeniería reversa de software que son fundamentales para la innovación abierta (Seltzer 2012); las actividades de investigación que tengan por objeto detectar fallas o errores de un sistema informático, esenciales en materia de ciberseguridad; o las actividades de investigación para el desarrollo de productos competitivos; entre otros ejemplos.

En cambio, en el TPP dicho catálogo desaparece y se establece una regla general (artículo 18.68.4.) que faculta a los Estados el establecimiento de “ciertas” excepciones siempre y cuando exista “un efecto adverso real o potencial” que afecte dichos usos no infractores, debiendo seguir un procedimiento, probablemente engorroso, en el cual deberá tener en consideración la evidencia presentada por los titulares de derechos respecto de las medidas efectivas que hayan adoptado para subsanar tales efectos.

Como se aprecia, el TPP restringe indebidamente la libertad de los Estados para establecer excepciones amplias que garanticen la utilidades legítimas no infractoras, pudiendo generarse un efecto inhibitor en materia de innovación, un retraso en el desarrollo e implementación de estándares y medidas propias de ciberseguridad, y limitando el ejercicio del derecho de acceso a la cultura y otros derechos fundamentales en este ámbito.

Sin perjuicio de que existen otras observaciones que formular, cerraremos esta sección refiriéndonos al aspecto más crítico de las obligaciones que impone el TPP: la autonomía de la sanción de elusión de las MTP respecto de los derechos de autor.

iii) *Sanción independiente*. Uno de los puntos más sensibles de la negociación de este capítulo correspondió al establecimiento —como objeto de sanción independiente—, del mero hecho de eludir una medida tecnológica de protección incluso en el evento en que no se incurra en una violación al derecho de autor o conexo efectiva (artículo 18.68.3.).

Por ejemplo, si una editorial decide publicar en formato ebook, los textos originales de Vicente Huidobro —obra que está en el dominio público por vencimiento del plazo de protección— e incluyera mecanismos anticopias en ese libro electrónico, la mera elusión de dichos mecanismos deberá ser tipificada y sancionada como infracción, aun cuando la reproducción o copia de obras de dominio público está expresamente autorizada en todas las leyes de propiedad intelectual. Esto no sólo carece de sentido y de justificación racional, sino que además constituye una limitación indebida en el ejercicio de la primera dimensión del derecho de autor, la dimensión del acceso. Además, cabe preguntarse ¿cuál es el bien jurídico protegido? Haciendo un símil con el mundo analógico, sería equivalente a la tipificación de un delito de allanamiento ilegal de una plaza públi-

ca. Escapa al sentido común y parece más bien un intento oblicuo por extender de facto los plazos de protección de las obras intelectuales.⁵

b. Retiro o bloqueo de contenidos de internet

Otro de los aspectos complejos de la negociación, en materia de propiedad intelectual, fue el conjunto de reglas para retirar o remover contenidos de internet, por eventuales violaciones a los derechos de autor o conexos.

El sistema promovido por Estados Unidos se basa en la *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA) de 1998, que establece un sistema privado, donde el titular supuestamente afectado solicita directamente a la empresa proveedora del servicio de internet de que se trate (Youtube, Facebook, Amazon, etcétera) el retiro o bloqueo de un contenido específico protegido por derechos de autor, por una eventual infracción a estos derechos. Cumpliendo con lo solicitado, la empresa prestadora de servicios de internet adquiere un “puerto seguro” que la exime de cualquier responsabilidad ante dichas infracciones.

Durante las casi dos décadas en que ha funcionado el sistema de *notice & takedown* en Estados Unidos, las críticas han sido profundas y sistemáticas (EFF 2014). Primero, hay bastante literatura que sostiene que, en ocasiones, el sistema afecta discursos protegidos y limita el ejercicio de la libertad de expresión (Seltzer 2010; Bertoni y Sadinsky 2015), que las disposiciones tienen efectos secundarios importantes al inhibir la utilización de ciertas obras por el riesgo de amenazas legales (Urban y Quilter 2005), y que incluso podría ser usada para fines anticompetitivos (Lee 2006).

En Chile, para cumplir con las obligaciones asumidas en el Art. 17.11.23 del TLC Chile-EEUU, se incorporó en la ley de propiedad intelectual⁶ un régimen de limitación de responsabilidad civil de los prestadores de servicios de internet, en el cual se estableció un procedimiento judicial simplificado de retiro y bloqueo de contenidos supuestamente infractores de internet (Álvarez 2011), que opera como una medida prejudicial precautoria sin notificación de la parte afectada.

Este procedimiento ha sido destacado internacionalmente por propender al equilibrio de los derechos en conflicto. Incluso, el Relator Especial de Naciones Unidas para la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Frank La Rue, en su reporte sostuvo:

⁵ Si bien la nota al pie 91 del capítulo señala que los Estados partes pueden no tipificar como infracción independiente el acto penal de elusión si se sancionan penalmente dichos actos por otras vías, la nota únicamente aplica en sede penal, quedando igualmente los Estados obligados a establecer, al menos, sanciones civiles.

⁶ Ley N° 20.435, publicada en el *Diario Oficial* el 4 de mayo de 2010.

[se] acoge con satisfacción las iniciativas adoptadas en otros países para proteger a los intermediarios, tales como el proyecto de ley aprobado en Chile, que establece que los intermediarios no están obligados a prevenir o eliminar el acceso a contenido generado por usuarios que infrinjan las leyes de derechos de autor hasta que sean notificados por una orden judicial.⁷

En el TPP, en cambio, el régimen propuesto insiste en imponer el régimen de la DMCA. Si revisamos únicamente las obligaciones contenidas en el cuerpo principal del acuerdo, podemos apreciar rápidamente que difieren bastante del estándar adoptado en la Ley de Propiedad Intelectual. En efecto, la sección J del capítulo 18 del TPP, establece un sistema donde se solicita a las empresas proveedoras de servicios de internet que “retiren o inhabiliten de manera expedita” contenidos cuando obtengan “conocimiento cierto de la infracción al derecho de autor” o cuando se enteren “de hechos o circunstancias a partir de las cuales es evidente la infracción” (18.82.3.). Dicho conocimiento pueden obtenerlo mediante notificaciones recibidas *directamente* de parte del titular del derecho o de alguna persona autorizada para actuar en su representación. De esta manera, en la formulación general del TPP no habría espacio para la intervención judicial (ni administrativa) en esta etapa del proceso de retiro o bloqueo de contenidos supuestamente infractores de internet, lo que conlleva riesgos innecesario para el ejercicio de derechos como la libertad de expresión, el acceso a la información, y, nuevamente, el acceso a bienes culturales, cuestión que está profusamente analizada, incluso en la región (Botero 2013; Meléndez 2012) y en el país (Cerdeña 2014; Ruiz y Lara 2012).

Con todo, cabe destacar que en los anexos del capítulo de propiedad intelectual del TPP, específicamente en el anexo 18-F, se establece expresamente que las partes podrán implementar, alternativamente, las obligaciones contenidas en el Art. 17.11.23 del TLC Chile-EEUU, lo que da cuenta de cierto éxito de la posición negociadora de Chile en este punto. Sin perjuicio de ello, quedará para la relación bilateral entre ambos países la calificación respecto a si el sistema judicial de retiro o bloqueo de contenidos establecido en la ley chilena de propiedad intelectual cumple adecuadamente con las obligaciones del acuerdo bilateral. La posición de Estados Unidos ha sido consistente: todos los años mantiene a Chile en la *Priority Watch List* del *Special 301 Report on Protection of American Intellectual Property Rights Across the World*,⁸ entre otros asuntos, por considerar que la norma chilena no cumple con ese estándar, y exige un procedimiento expedito de remoción de contenidos supuestamente infractores.

⁷ United Nations General Assembly. A/HRC/17/27, 13.

⁸ Disponible en:

<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2016/april/ustr-releases-special-301-report>.

4. Conclusiones

Comprender el derecho de autor como un derecho humano de doble dimensión nos permite reflexionar acerca de sus alcances y efectos, desde una perspectiva que involucre tanto la dimensión de la protección como el derecho de acceso a la cultura. Esta comprensión debe guiar, por una parte, las decisiones legislativas que buscan materializar y concretizar la protección del derecho de autor y garantizar el acceso a la cultura, y, por la otra, las decisiones de política pública que guíen los procesos de negociación comercial internacional.

En materia de medidas tecnológicas de protección, como hemos podido apreciar, el TPP podría implicar restricciones al ejercicio de derechos y libertades fundamentales, además de limitar la potestad regulatoria del Estado para establecer excepciones amplias que garanticen las utilidades legítimas no infractoras, en beneficio de la innovación, la ciberseguridad, el ejercicio del derecho de acceso a la cultura, entre otros. Asimismo, podría implicar el establecimiento de sanciones penales abiertas, sin justificación alguna, e incluso promover la aplicación de sanciones a personas que no sabían efectivamente que estaban eludiendo una medida tecnológica (MTP) o que hacen usos legítimos de obras que han adquirido legalmente.

Por último, el TPP podría implicar nuevas presiones para que Chile modifique su régimen legal de limitación de responsabilidad civil de los prestadores de servicios de internet, en el cual se estableció un procedimiento judicial simplificado de retiro y bloqueo de contenidos supuestamente infractores, que ofrece garantías de seguridad y libertad a los usuarios de internet, a los titulares de derechos y a las empresas prestadores de servicios en internet.

Bibliografía

- Álvarez, Daniel. 2005. "Derecho de autor y cultura". En *Los derechos de propiedad intelectual y el libre comercio*. Santiago: ACJR.
- . 2011. "The Quest for a Normative Balance: The Recent Reforms to Chile's Copyright Law". *Policy Brief 12*. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development.
- Bertoni, Eduardo & Sophia Sadinsky. 2015. "The use of the DMCA to stifle free expression". *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías* 13: 1-21.
- Botero, Catalina. 2013. "Libertad de expresión e internet. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión". Comisión Interamericana de Derechos Humanos: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_WEB.pdf.
- Canales, María Paz. 2012. "Impacto de las medidas tecnológicas de protección en el acceso al dominio público". *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 1 (1): 103-123.
- Cerda, Alberto. 2014. "Limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet por infracción a los derechos de autor en línea". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 42: 121-148.
- Chapman, Audrey R. 2001. "La propiedad intelectual como derecho humano: obligaciones dimanantes del apartado c) del párrafo 1 del Art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales". *Boletín de derecho de autor* XXXV (3).
- De la Parra, Eduardo. 2015. *Derechos Humanos y derechos de autor. Las restricciones al derecho de reproducción*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México y el Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Díaz, Álvaro. 2008. *América Latina y el Caribe. La propiedad intelectual después de los tratados de libre comercio*. Santiago: Naciones Unidas y CEPAL.
- Electronic Frontier Foundation. 2014. *Unintended Consequences: Sixteen Years under the DMCA*. <https://www.eff.org/files/2014/09/16/unintendedconsequences2014.pdf>.
- Elms, Deborah. 2014. "TPP: ¿qué tiene de siglo XXI?". *Puentes* 15 (6). Ginebra: International Centre for Trade and Sustainable Development.
- Granados, Ulises. 2014. "México y el Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP): oportunidades y retos". *México y la Cuenca del Pacífico* 3 (6): 55-76.
- Lee, Timothy. 2006. "Circumventing Competition: The Perverse Consequences of the Digital Millennium Copyright Act". Cato Institute. Policy Analysis No. 564. <http://www.cato.org/publications/policy-analysis/circumventing-competition-perverse-consequences-digital-millennium-copyright-act>.
- López, Dorotea & Felipe Muñoz. 2016. "Chile en el Acuerdo Transpacífico (TPP)". En Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile. <http://www.iei.uchile.cl/noticias/122758/chile-en-el-acuerdo-transpacifico-tpp>.
- Meléndez, Hiram. 2012. "Intermediarios y libertad de expresión: Apuntes para una conversación". En *Hacia una Internet libre de censura: Propuestas para América Latina*, compilado por Eduardo Bertoni. Buenos Aires: CELE Universidad de Palermo.

- Palma, José Gabriel. 2016. "TPP, QEPD. Las razones del temprano naufragio del controversial Tratado Transpacífico". <http://ciperchile.cl/2016/06/09/tpp-qepd/>.
- Reid, Sanya. 2008. "Intellectual property in free trade agreements". Penang: Third World Network.
- Ruiz, Claudio & Juan Carlos Lara. 2012. "Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet (ISPs) en relación con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Latinoamérica". En *Hacia una Internet libre de censura: Propuestas para América Latina*, compilador por Eduardo Bertoni. Buenos Aires: CELE Universidad de Palermo.
- Seltzer, Wendy. 2012. "Lo imperfecto es enemigo de lo bueno: leyes antielusión versus innovación de usuario abierta". *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 1 (1): 15-101.
- Seltzer, Wendy. 2010. "Free Speech Unmoored in Copyright's Safe Harbor: Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment". *Harvard Journal of Law and Technology* 24 (1): 171-232.
- The White House. 2016. "Statement by the President on the Signing of the Trans-Pacific Partnership". <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2016/02/03/statement-president-signing-trans-pacific-partnership>.
- USDA. 2014. "Agriculture in the Trans-Pacific Partnership". Economic Research Report, N° 176. <http://www.ers.usda.gov/media/1692509/err176.pdf>
- Urban, Jennifer & Laura Quilter. 2005. "Efficient Process or Chilling Effects — Takedown Notices under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act". *Santa Clara High Technology Law Journal* 22 (4): 621-693.

TPP, propiedad intelectual y libertad en internet

Rodrigo Velasco Alessandri

Abogado, licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile (2000). Diploma bianual del Berklee College of Music de Boston (2003). Es presidente del Comité de Derecho de Autor de la Asociación Chilena de la Propiedad Intelectual (ACHIP) y miembro del Latin American Committee de la International Technology Law Association (iTechLaw). Integra el cuerpo de árbitros y mediadores del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes para conflictos de gestión colectiva de derechos de autor. Socio de Alessandri Abogados (www.alessandri.legal).

I. Introducción

Si se ratifica, el Tratado de Asociación Transpacífico —TPP¹ por sus siglas en inglés— constituirá la mayor área de libre comercio del mundo. En treinta capítulos, regula temas tan diversos como tarifas arancelarias, normas medioambientales, estándares laborales y servicios transfronterizos. Sin embargo, y como fuera quizás de esperar en la llamada “era de la información”, es el capítulo de propiedad intelectual el que ha generado mayor notoriedad y controversia, en el contexto de las negociaciones entre los primeros doce países signatarios del tratado.

No es de extrañar que la regulación de activos de propiedad intelectual en el ámbito del comercio sea hoy protagonista en este tipo de negociaciones comerciales multilaterales. Lo mismo se ha dado con los antecedentes más próximos, como ocurrió a nivel multilateral con los Acuerdos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)² de la Organización Mundial de Comercio a fines del siglo pasado, y en los tratados bilaterales suscritos por Chile con la Comunidad Europea, Corea del Sur y el propio Estados Unidos, entre otros, hace ya más de una década.

Es evidente que la economía global, basada hoy principalmente en el valor de la innovación, la creatividad y el conocimiento, reconoce el carácter estratégico de los activos intangibles de propiedad intelectual como los verdaderos agregadores de valor en el contexto de un mercado mundial abierto y competitivo, particularmente en el ámbito del desarrollo tecnológico, la industria de software, las telecomunicaciones y la generación de contenidos en general.

Así se explica que, en el contexto geopolítico, el TPP haya surgido como una respuesta regional estratégica, liderada por potencias económicas basadas en la innovación y el desarrollo tecnológico, como lo son Estados Unidos y Japón, con una explícita intención de servir de contrapeso al creciente predominio de la industria China. Industria que, por cierto, ha basado su éxito, más allá los profundos problemas de inequidad laboral, en la enorme asimetría que implica el desprecio absoluto de la propiedad intelectual extranjera —propia de su característico proteccionismo industrial interno—, en contraposición a una estrategia de innovación y desarrollo de activos de propiedad intelectual a nivel global (por parte de empresas estatales o incluso subsidiada por el propio estado chino). “El TPP permitirá que sea Estados Unidos, y no China, quien marque el camino del comercio mundial”³ fue el exhorto de un atribulado Presidente Barack Obama, ante las

¹ Trans-Pacific Partnership.

² “Acuerdo sobre los ADPIC: visión general”, Organización Mundial del Comercio: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/intel2_s.htm.

³ Barack Obama, “President Obama: The TPP would let America, not China, lead the way on global trade”, The Washington Post, 2 de mayo de 2016: https://www.washingtonpost.com/opinions/president-obama-the-tpp-would-let-america-not-china-lead-the-way-on-global-trade/2016/05/02/680540e4-0fd0-11e6-93ae-50921721165d_story.html

críticas que surgieron entre los propios norteamericanos, con motivo de la negociación del tratado.

Y es que el criticado secretismo que caracterizó las negociaciones del TPP, sumado a la emblemática discusión legislativa previa que mantuvo Estados Unidos con motivo de dos proyectos de ley, que pretendían extender estándares más estrictos de propiedad intelectual incluso más allá de las fronteras norteamericanas (las llamadas leyes SOPA/PIPA⁴), transformó a este capítulo en protagonista de la controversia. No por nada fue la primera filtración que el conocido medio electrónico Wikileaks hizo pública respecto del tratado,⁵ convocando a las organizaciones de la sociedad civil a oponerse tenazmente al TPP, en aras de la libertad y la privacidad en internet.

En este contexto es pertinente aclarar, como punto de partida, que el concepto de “propiedad intelectual” anglosajón no se refiere solo al tradicional “derecho de autor” sobre creaciones artísticas (obras audiovisuales, literarias, musicales, programas computacionales); sino que es entendido en sentido amplio, en tanto comprende también los llamados derechos de propiedad industrial, como las patentes de invención, variedades vegetales o diseños industriales.

A partir de esta distinción previa entre propiedad industrial y propiedad intelectual “propiamente tal” o derecho de autor, podemos advertir una de las primeras distorsiones que ha desdibujado, en parte, el debate público que las negociaciones del TPP han generado: las normas sobre patentes farmacéuticas, registros sanitarios y protección de información no divulgada de datos de prueba de nuevas entidades químicas o biológicas (criticadas por el potencial de favorecer monopolios y eventualmente aumentar el precio de medicamentos), por una parte; la regulación del patentamiento de plantas y variedades vegetales de acuerdo a los estándares del tratado UPOV 91⁶ (correspondiente en Chile a la mal llamada “Ley Monsanto”, criticada por activistas como una forma de privatización de las semillas y conocimientos agropecuarios tradicionales), por la otra; todas forman parte del mismo capítulo de propiedad intelectual del TPP. Aunque se trata de materias propias de vastísima discusión a nivel de política pública y económica, obviamente no tienen nada que ver con el ámbito de la libertad en internet, que nos convoca en este caso.

⁴ Los proyectos de ley Stop Online Piracy Act (SOPA) y PROTECT IP Act (PIPA) propuestos en el Congreso Norteamericano fueron motivo de protestas masivas en 2012 y críticas de diversos medios, por su potencial de afectar la libertad de expresión y los contenidos generados por las propias comunidades de usuarios en internet, causando que muchos parlamentarios retiraran su apoyo y en definitiva se removieran de votación para ser revisadas.

⁵ “Acuerdo Secreto de la Asociación Trans-Pacífico (TPP)”, WikiLeaks:
<https://wikileaks.org/tpp/index-es.html>

⁶ La Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV) es una organización intergubernamental con sede en Ginebra (Suiza), creada por el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales adoptado en París en 1961, y revisado en 1972, 1978 y 1991. Actualmente Chile mantiene vigente la versión UPOV 78, a pesar de haber comprometido actualizar su legislación interna a UPOV 91, en el TLC con Estados Unidos.

En este sentido, resulta ejemplificador observar la situación que ha debido enfrentar el propio Gobierno de Chile, y en particular su Ministerio de Relaciones Exteriores, que al igual que la administración Obama —si bien en un plano absolutamente inverso—, ha tenido que salir a acallar las críticas que la futura ratificación del TPP en el Congreso está generando a nivel interno: hace solo unas semanas atrás, en un documento de algo más de 50 páginas,⁷ la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (Direcon) salió a desmentir los “mitos y dudas” que se habrían generado en espacios de discusión pública, especialmente en redes sociales.

En resumidas cuentas, la postura oficial que al respecto ha mantenido el Gobierno es que, en materias de propiedad intelectual, al suscribir el TPP Chile no contrajo obligación alguna por sobre los estándares ya acordados y fijados en el Tratado de Libre Comercio bilateral con Estados Unidos (2003).

Aunque exceda el ámbito del presente análisis sobre libertad en internet, valga en todo caso mencionar que, en términos generales, en materia de propiedad industrial es relativamente cierto que se mantienen los estándares del TLC bilateral. Quizás con la excepción del plazo de protección para datos de prueba de nuevas entidades biológicas, en que el tenor del TPP resulta al menos discutiblemente superior al estándar actual de cinco años, podríamos decir que todas las obligaciones y regulaciones establecidas en el TPP en materia de patentes de invención, *linkage*⁸ farmacéutico, protección de datos de prueba y variedades vegetales, ya estaban de algún modo establecidas en el TLC de 2003.

Otra cosa muy distinta, como veremos también en materias propias del derecho de autor, es que Chile esté actualmente en cumplimiento de dichos estándares adoptados el año 2003, ya no solo en opinión unilateral de su contraparte norteamericana, sino en el ámbito de un tratado multilateral con nuevos mecanismos de resolución de controversias.

Aun así, es respecto de la regulación del derecho de autor en internet donde nos encontramos con los cambios potencialmente más relevantes, en comparación tanto con los estándares del TLC como con nuestra normativa interna, especialmente la Ley N° 17.336 de Propiedad Intelectual y su reglamento, que vieron modificación el año 2010 precisamente con motivo de la adopción de los estándares del TLC con Estados Unidos.⁹

⁷ Página de información sobre el TPP de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales: <https://www.direcon.gob.cl/tpp/>

⁸ El *linkage* supone que el Instituto de Salud Pública (ISP) sea responsable tanto de mantener un registro de principios activos patentados —similar al Libro Naranja de la Administración de Alimentos y Medicamentos (FDA, por su sigla en inglés) de Estados Unidos y de detener las solicitudes de aprobación de nuevos productos cuando estos contengan uno o más de estos principios.

⁹ El propio mensaje de S.E. la Presidente de la República, que inicia la reforma (Ley N° 20.435), señala literalmente que: “Chile, a través de los Acuerdos de Libre Comercio, ha incorporado estándares más precisos de propiedad intelectual acordes con los desafíos que nuestro nivel de desarrollo exige, dando cuenta al mismo tiempo de las nuevas formas de

Tanto el TLC bilateral como ahora el TPP, regulan dos áreas específicas del derecho de autor en el contexto de internet, que pasaremos a analizar a continuación: por una parte, a propósito de la responsabilidad de las empresas proveedoras de servicios de internet (ISP's,¹⁰ por sus siglas en inglés), ante violaciones al derecho de autor cometidas por sus usuarios o por medio de sus plataformas, sistema que en definitiva delinea las normas para la notificación y remoción de contenidos infractores de internet. Por la otra, la regulación de las llamadas Medidas Tecnológicas de Protección (TPM's,¹¹ por sus siglas en inglés, también llamados coloquialmente “candados digitales”), de manera de otorgarles una forma de protección como tales, ante casos de violación, independiente del contenido protegido por derecho de autor cuyo acceso pretender regular o restringir.

Es en este contexto que a la ya tradicional búsqueda de equilibrio entre los derechos de artistas e industrias creativas, y el acceso masivo del público a bienes culturales, se ha sumado lo que serían las consecuencias que el bloqueo o restricción de acceso a contenidos en internet — con motivo de infracciones de derecho de autor— podría acarrear para el derecho de libre expresión y la libertad misma en internet.

Ha sido este aspecto específico el que ha concitado mayor agitación, debido al secretismo en sus negociaciones y ante el temor —aparentemente infundado, a la luz del texto literal del tratado—, de que la aplicación de normas supranacionales en materia de mecanismos de “bajada” de contenidos infractores en internet, así como de normas de encriptación y quebrantamiento de códigos o sistemas tecnológicos, afectase la libertad de expresión online, o incluso sirviese de excusa para la vigilancia y violación de la privacidad de los usuarios por parte de organismos gubernamentales, como la temida NSA¹² norteamericana.

Veamos entonces, ¿cuáles son exactamente los estatutos que el TPP consagra respecto de estos dos ámbitos del derecho de autor? ¿Qué consecuencias prácticas podría acarrear para Chile y para la libertad de los usuarios de internet la adopción de este tratado?

explotación que surgen como consecuencia natural de los avances tecnológicos. Entre otros tratados bilaterales que tratan estas materias, destacan los acuerdos suscritos con Estados Unidos, la Unión Europea y México.

Simultáneamente, tanto a nivel bilateral como en los foros multilaterales, Chile ha reafirmado la necesidad de que el sistema de propiedad intelectual sea balanceado, de forma de equilibrar los intereses de los distintos actores y sectores involucrados. De esta forma, se busca conjugar una adecuada protección de los derechos de autor y conexos con el acceso legítimo por parte de la comunidad a las creaciones artísticas y del intelecto.” (“Historia de la Ley N° 20.435”, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4776/>).

¹⁰ Internet Service Providers.

¹¹ Technological Protection Measures.

¹² Los programas de espionaje global de la National Security Agency fueron denunciados por Edward Snowden, ex funcionario de la Central Intelligence Agency (CIA), quien filtró abundante información confidencial al respecto.

II. Régimen de responsabilidad de ISP's

En palabras del profesor Ricardo Antequera: “El derecho de autor es un ‘hijo de la tecnología’, si se toma en cuenta que nació como producto de una innovación técnica: la imprenta, pues fue a partir de allí cuando se advirtió su importancia económica con la circulación masiva de ejemplares”.¹³ Evidentemente, los estatutos legales de protección del derecho de autor tienen justificación jurídica y filosófica a partir de la desmaterialización del soporte físico único de la obra: en la medida que la tecnología nos permite separar la obra de su *corpus*, soporte o formato, otorgando la capacidad de reproducir ejemplares de la misma en forma ilimitada, surge la necesidad de regular esta “especie de propiedad” sobre las “creaciones del talento y del ingenio”, en palabras de Bello.¹⁴

Es en esta condición de “hijo de la tecnología” que el derecho de autor se ha desarrollado, a partir de la imprenta y luego con la creación de los llamados derechos conexos de artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, precisamente con motivo del desarrollo del fonógrafo, el cinematógrafo y las telecomunicaciones hertzianas. La digitalización de obras y la irrupción de las redes digitales a finales del siglo XX, constituye sin duda un hito tecnológico histórico, equiparable a las revoluciones que implicaron, a la sazón, este tipo de nuevas tecnologías de reproducción y comunicación de obras.

Con la creación del formato MP3,¹⁵ la compresión de archivos digitales de audio permitió por primera vez el intercambio masivo de copias entre privados, punto a punto (P2P o *peer to peer*), cuya primera plataforma, o al menos la más emblemática, fue la conocida red Napster. Y es que más allá de la tardía y criticada reacción de la industria analógica de la época —que entre otras estrategias, optó por caminos radicales como criminalizar a los propios usuarios que intercambiaban archivos—, el caso Napster constituyó el paradigma sobre el cual se construyó un nuevo régimen de responsabilidad civil en Estados Unidos, que se materializó en la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) de 1998.

La DMCA fue en varios sentidos una ley pionera. Primero, pues estableció el principio general, hoy vastamente reconocido, de que los principios generales del derecho se aplican plenamente al ámbito digital. En este sentido, los regímenes de responsabilidad civil y penal, los bienes jurídicos protegidos, derechos y deberes establecidos en la ley serían aplicados a las empresas y usua-

¹³ Ricardo Enrique Antequera, “El Derecho Patrimonial del Autor”, *Letralia* 136 (diciembre de 2005).

<http://letralia.com/135/ensayo01.htm>

¹⁴ El Art. 584 del Código Civil “Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales.”

¹⁵ MPEG-1 y/o MPEG-2 Audio Layer III, más conocido coloquialmente como MP3, es un formato estándar de codificación de audio digital.

rios de internet, más allá de los problemas de jurisdicción y anonimato que el nuevo entorno implica, por su propia naturaleza intangible y descentralizada.

Pero en el contexto del sistema de responsabilidad civil extracontractual anglosajón (los agravios o ilícitos civiles llamados *Torts* en el *Common Law*) la premisa anterior no resultaba para nada pacífica. En efecto, la responsabilidad vicaria o subsidiaria que podría recaer sobre una empresa proveedora de servicios en internet, por las infracciones que cometiesen anónimamente sus usuarios, implicaba una enorme contingencia, que amenazaría incluso la viabilidad y desarrollo mismo de la industria de los contenidos en el ambiente digital.

De modo que la DMCA vino a establecer un beneficio, una garantía para las empresas proveedoras de servicios de internet, respecto a que serían eximidas de responsabilidad por las infracciones de sus usuarios, en la medida que cumplieran con determinadas condiciones, a la luz del nuevo “principio de cooperación” entre titulares de derechos de autor e ISP’s. Cumpliendo estas condiciones, el ISP se transformaba en lo que se denominó un “puerto seguro”, lo que garantizaba su indemnidad en caso de demandas de terceros por infracciones en sus redes o plataformas digitales.

Tal como se delineó en el caso Napster, básicamente las condiciones del “puerto seguro” norteamericano establecían dos principios básicos: el de no intervención (el ISP no puede intervenir directamente en la puesta a disposición, reproducción o comunicación que constituye la infracción, ni seleccionarla o aprovecharla económicamente); y el de cooperación (al recibir una notificación válida por parte de un titular de derechos, debe cooperar notificando al usuario presuntamente infractor, y remover o bloquear el acceso al contenido materia de la notificación, en caso de no recibir una respuesta o justificación en contrario).

El régimen de “puerto seguro” de la DMCA y el referido mecanismo convencional de cooperación entre ISP’s y titulares, para la notificación y remoción de contenidos infractores, fue precisamente el inspirador de las normas sobre responsabilidad de ISP’s a las que adhirió Chile en el TLC bilateral que entró en vigencia el año 2004. En efecto, si analizamos el texto literal del TLC, observamos que su Art. 17.11.23 consagra en términos generales los mismos principios:

23. a) Para los efectos de poner en vigor procedimientos de observancia que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de autor cubiertos en este capítulo, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones, y de recursos civiles y criminales, cada Parte establecerá, de conformidad con el marco establecido en este artículo:

i) incentivos legales para que los proveedores de servicio cooperen con los titulares de derechos de autor para disuadir del almacenamiento y transmisión no autorizados de materiales amparados por los derechos de autor; y

ii) limitaciones en su legislación relativas al alcance de los recursos disponibles contra los proveedores de servicio por infracciones a los derechos de autor que dichos proveedores no con-

trolen, inicien o dirijan y que ocurran a través de sistemas o redes controladas u operadas por ellos o en su representación, tal como se señala a continuación.

En este mismo sentido y luego de regular detalladamente las funciones de almacenamiento, transmisión y enrutamiento de los ISP's el tratado señala que "estas limitaciones se aplicarán sólo en el caso de que el proveedor no inicie la transmisión, o seleccione el material o sus destinatarios", para luego agregar que las limitaciones de responsabilidad estarán condicionadas a que el ISP "retire o inhabilite en forma expedita el acceso a material almacenado que ha sido retirado o al que se ha inhabilitado el acceso en su sitio de origen, cuando reciba una notificación efectiva de una supuesta infracción".

¿Qué diferencias sustanciales observamos, entonces, entre las disposiciones del TLC bilateral con Estados Unidos y el texto del TPP, en materia de responsabilidad de ISP's, notificación y remoción de contenidos infractores de internet?

A simple vista, prácticamente ninguna. En eso las justificaciones de Direcon son totalmente acertadas. Aún más —y vaya paradoja— el TLC Chile-USA sirve de ejemplo en el TPP, cuyo capítulo de propiedad intelectual contiene un anexo específico (18-F Anexo a la Sección J) que consagra el derecho para cualquier estado miembro del TPP, de optar por el estándar acordado en 2003 entre Chile y Estados Unidos:

Como alternativa a la implementación de la Sección J (Proveedores de Servicio de Internet), una Parte puede implementar el Art. 17.11.23 del Tratado de Libre Comercio Estados Unidos – Chile, hecho en Miami, el 6 de Junio de 2003, el cual se incorpora a, y es parte de, este Anexo.

Chile pasa a ser, entonces, prácticamente el "niño símbolo" del TPP en materia de regulación de responsabilidad de ISP's y mecanismos de notificación y remoción de contenidos infractores en internet. ¿Dónde radica la controversia?

La respuesta está en nuestra propia reforma interna a la Ley Nº 17.336 sobre Propiedad Intelectual, impulsada por la primera administración de Bachelet, para efectos de adaptar la misma a las obligaciones del TLC bilateral con Estados Unidos.

La discusión pública y legislativa fue intensa, y de alguna manera anticipó la actual discusión sobre TPP y libertad en internet —y la que casi en paralelo acontecía en Estados Unidos con motivo de las leyes SOPA/PIPA—, incluyendo movilizaciones de diversos gremios y organizaciones de artistas, un enorme despliegue de *lobby* por parte de las empresas de *software* y proveedoras de servicios de internet, sumadas a la intensa presión de organizaciones de la sociedad civil Chilena en coordinación con sus pares en Estados Unidos, como la conocida EFF.¹⁶

¹⁶ Electronic Frontier Foundation, es una ONG basada en San Francisco, Estados Unidos, para la promoción de las libertades personales en el entorno digital, que en algunos casos ha sido criticada por EPIC (Electronic Privacy Information Center) y otras organizaciones sin fines de lucro norteamericanas por recibir fondos de ISP's como Google y Facebook.

Luego de más de dos años de tramitación —la reforma fue en definitiva promulgada el año 2010, en los primeros días de la administración Piñera—, el resultado fue una regulación excesivamente garantista, que redujo en la práctica el “principio de cooperación” de la DMCA que el tratado bilateral recogía, al cumplimiento de resoluciones de la justicia civil por parte de los ISP’s.

El nuevo sistema chileno de notificación y remoción de contenidos infractores en internet, si bien contempla la posibilidad de notificaciones voluntarias o convencionales no vinculantes, extendió en la práctica los beneficios y garantías para los ISP’s de un modo sin precedente alguno: sobre la base de los mismos requisitos de no intervención del TLC, la indemnidad de los ISP’s es casi absoluta, siendo únicamente susceptibles de medidas prejudiciales o judiciales establecidas en la propia ley. En otras palabras, en Chile los ISP’s no están obligados a hacerse cargo de notificaciones de infracción de derechos de autor en internet, para efectos de bloquear o remover dicho contenido, sino solo hasta recibir una orden judicial.

Este peculiar sistema, que pretendía garantizar la libertad de los usuarios ante posibles actuaciones arbitrarias de los ISP’s, obviamente hizo demasiado gravoso el sistema para los titulares de derechos infringidos en internet, obligados ahora a recurrir a medidas prejudiciales ante la justicia civil para efectos de notificar válidamente a un ISP y obtener el bloqueo de una película o un *software* de una URL o dirección web específica. En contraposición, huelga decirlo, a las notificaciones *online* que cualquier usuario puede hacer en casos de infracción de derechos en ISP’s norteamericanos como Google, Facebook, YouTube o Twitter. Tanto que hasta hoy, y luego de más de cinco años de vigencia, no se conoce acción o precedente judicial alguno en este sentido.

Claramente, el frágil equilibrio entre los derechos de los creadores y las garantías de indemnidad para las empresas vio la balanza excesivamente inclinada en favor de estas últimas. Lo que originó también que las críticas surgieran desde nuestra contraparte en el tratado, que a partir de 2010 y hasta este año 2016, incluyó en el reporte de la Oficina de Comercio Norteamericana un acápite especial reclamando que “se urge a Chile a modificar su sistema de responsabilidad de ISP’s de modo de permitir acciones efectivas contra la piratería en internet”.¹⁷

En consecuencia, la ratificación del mismo estándar del TLC que Chile estaría incumpliendo, ahora en el contexto del TPP, básicamente elevaría esta misma contingencia al ámbito multilateral. Más aún, a diferencia del TLC el TPP contempla mecanismos diversos de resolución de controversias, incluyendo los llamados ISDS,¹⁸ que podrían permitir incluso que inversionistas norteamer-

¹⁷ Reporte Anual “Especial 301” sobre Propiedad Intelectual, de la Oficina del United States Trade Representative (USTR) Año 2016 Section II Country Reports, “Priority Watchlist” pág. 49: <https://ustr.gov/sites/default/files/USTR-2016-Special-301-Report.pdf>

¹⁸ Arbitraje de diferencias estado-inversor (conocido por ISDS, del inglés Investor-state dispute settlement) instrumento de derecho internacional público que concede a un inversionista extranjero el derecho a iniciar un procedimiento de arbitraje contra un gobierno extranjero (el “estado anfitrión”).

ricos pudieran recurrir a acciones jurisdiccionales contra el Estado de Chile, por los perjuicios que el incumplimiento del tratado les ocasione. Y esa es, sin duda alguna, una diferencia radical respecto de la simple ratificación del estándar del TLC a nivel multilateral, aun cuando sirvamos de ejemplo en el propio tratado respecto a la regulación específica a la que los estados miembros pueden adherir.

III. Medidas tecnológicas de protección

En el contexto de la libertad en internet, la regulación de los llamados “candados digitales” o TPM’s ha sido criticada, en tanto podría impedir a los usuarios acceder a determinados contenidos, desbloquear dispositivos o romper restricciones de compatibilidad de los fabricantes. Aunque la falta de normativa sobre la materia en Chile ha sido utilizada mayoritariamente, en la práctica, para descryptar señales satelitales de TV, publicar códigos de desbloqueo de juegos de video, y en general infringir derechos de autor con y sin fines comerciales.

La historia de la regulación de las TPM’s es muy similar a la del “puerto seguro” para proveedores de servicios de internet. De hecho, el primer reconocimiento jurídico de las mismas se dio precisamente en la DMCA norteamericana en 1998, que reguló tanto las medidas tecnológicas de protección, como los sistemas de gestión digital de derechos (DRM’s),¹⁹ que en el fondo son soluciones tecnológicas similares, pero cuyo fin no es el de impedir o restringir el acceso a determinadas obras o contenidos protegidos por derecho de autor, sino el de medir o cuantificar dicho acceso y uso efectivo para efectos de la gestión individual o colectiva del pago de *royalties* o licencias.

Desde la perspectiva del TLC con Estados Unidos, Chile se obligó igualmente a reconocer y contar con una tipificación específica —a nivel penal o infraccional— para la violación o elusión de TPM’s, que debía ser implementado en el mismo proyecto de reforma a la Ley N° 17.336 que se envió al Congreso Nacional el año 2008. Pero en el contexto de la agitada discusión política y ciudadana que rodeó la tramitación del proyecto de reforma a la Ley de Propiedad Intelectual, se terminó simplemente por omitir el tema. No existe hoy una norma en Chile que tipifique como falta o delito la violación de TPM’s, de manera independiente a la infracción de los derechos de autor cuyo acceso pretende restringir o regular dicha medida tecnológica.

Lo anterior ha derivado, entre otros problemas, en la importación masiva desde China de decodificadores de televisión satelital, que son internados sin *software* o código alguno —sin que haya infracción de derechos de autor—, pero que luego permiten al usuario final descargar de internet los códigos de encriptación de compañías de telecomunicaciones cuyas señales han sido

¹⁹ Digital Rights Management o sistemas DRM, traducidos generalmente como gestión digital de derechos o gestión de derechos digitales.

violadas o “hackeadas”. La preocupante proliferación de los coloquialmente llamados “decodificadores piratas” en Chile, no solo ha movilizado a la industria de las telecomunicaciones para presionar por nueva regulación, sino que ha obligado incluso a algunas compañías a llevar a cabo “apagones digitales” para cambiar los códigos de encriptación de su señal a nuevas versiones con niveles superiores de seguridad, perjudicando incluso a parte de sus propios suscriptores.

Otro aspecto práctico en el que esta falta de regulación de medidas tecnológicas en Chile ha sido criticada, tiene que ver con la imposibilidad jurídica que enfrentan los titulares de derechos de autor, para efectos de tomar acciones contra quienes —sin violar directamente los derechos de autor respecto del contenido— publican u ofrecen en internet los códigos de fábrica de programas computacionales o juegos de video, para efectos de permitir que otros usuarios puedan reproducirlos e infringir los derechos de autor sobre los mismos.

Situación análoga a la que se da actualmente con la publicación de *links* o códigos IKS,²⁰ en que el sitio, usuario o ISP que realiza la publicación no viola directamente el derecho de autor, sino que permite o invita —con o sin fines de lucro— al público general a acceder a señales, películas o programas de cualquier tipo, sin pagar por dichos contenidos.

Obviamente este tópico ha sido también objeto de crítica y reclamos por parte de la Oficina de Comercio Norteamericana, en su reporte anual de observancia de propiedad intelectual. En la famosa “lista roja” de observación prioritaria —en que nos acompañan países como China, Pakistán y Venezuela— se reprocha constantemente que, como signatario del TLC bilateral, Chile sería un socio comercial incumplidor, entre otros aspectos, de la implementación de regulación interna en materia de TPM’s, favoreciendo en este punto específico, el desarrollo de una industria informal de acceso ilegal a señales satelitales bajo el tragicómico emblema de “TV satelital gratis, para toda la vida”.

En concreto, el Art. 18.68 del TPP básicamente mantiene la provisión del TLC bilateral con Estados Unidos, estableciendo las hipótesis de mala fe que implicaría en la práctica la tipificación de violaciones de TPM’s. En contra de lo que ha sostenido el Gobierno de Chile y la propia Direcon, se ha criticado que el TPP ampliaría dicho estándar al incluir no solo las expresiones clásicas propias de la mala fe de nuestro derecho romano-continental —actuar a sabiendas, o debiendo saber—, sino la fórmula anglosajona “teniendo motivos razonables para saber”.

Pero al igual que ocurre con innumerables pasajes del TPP —y siendo un tema que, pareciendo accesorio, causará importantes problemas de interpretación del tratado— a dicha expresión y prácticamente a todos los subpárrafos y numerales de este artículo, se les insertaron notas aclaratorias al pie por parte de los negociadores, contrarrestando o interpretando extensamente,

²⁰ Internet Key Sharing literalmente significa “compartir llaves en internet”, y supone publicar el código o TPM contenido en una tarjeta de una compañía de TV paga (legítima o “hackeada”), para servir a usuarios múltiples.

entre otras: “Para los efectos de este subpárrafo, una Parte podrá disponer que los motivos razonables para saber pueden ser demostrados mediante evidencia razonable, teniendo en cuenta los hechos y las circunstancias que rodearon la supuesta infracción”²¹. Y luego:

Para mayor certeza, ninguna Parte está obligada a imponer responsabilidad civil o penal de conformidad con este subpárrafo a una persona que eluda cualquier medida tecnológica efectiva que proteja cualquiera de los derechos exclusivos del derecho de autor o derechos conexos en una obra, interpretación o ejecución o fonograma protegidos, pero no controla el acceso a dicha obra, interpretación o ejecución o fonograma.²²

De modo que, en definitiva, y desde el punto de vista práctico, al igual que ocurre con el régimen general de excepciones al derecho de autor de nuestro sistema jurídico —o “usos justos” en el *Common Law*— no advertimos mayor diferencia en el estándar adoptado, en línea con lo sostenido por el Gobierno, en tanto se trata de normas que deberán ser implementadas expresamente a nivel de legislación interna, propias del análisis subjetivo que implica toda conducta dolosa o de mala fe, y que evidentemente no están dirigidas al ámbito privado, sino a la flagrante y lucrativa industria de proveedores de dispositivos y mecanismos digitales de violación o elusión de estas medidas.

Al igual que en el caso de las normas de responsabilidad de ISP’s que hemos analizado previamente, la adopción por parte de Chile del estándar del TPP en materia de medidas tecnológicas de protección no implica un cambio relevante respecto del TLC bilateral con Estados Unidos. Sin embargo, un cambio radical sí podría observarse en materia de resolución de controversias en el contexto multilateral (o directamente inversionista-estado), diferencia que podría ser esencial en comparación a las actuales críticas y reclamos de la Oficina de Comercio Norteamericana, en caso que Chile continúe sin reconocer ni regular la elusión de medidas tecnológicas a nivel legislativo interno.

IV. Conclusiones

Cuando a nivel de técnica jurídica y legislativa hablamos de balancear derechos o bienes jurídicos contrapuestos, habitualmente la búsqueda de equilibrios puede tornarse teórica o retórica, lejos de la aplicación efectiva que dichas normas tendrán, en la práctica, para las personas que son sujeto de dichos derechos o bienes jurídicos.

²¹ Nota al pie N° 83, incluida por los negociadores del acuerdo, al Art. 18.68.1 (a) según versión en línea disponible en: <https://www.direcon.gob.cl/wp-content/uploads/2016/02/18.-Propiedad-Intelectual.pdf>

²² Nota al pie N° 84, incluida por los negociadores del acuerdo, al Art. 18.68.1 (a) según versión en línea disponible en: <https://www.direcon.gob.cl/wp-content/uploads/2016/02/18.-Propiedad-Intelectual.pdf>

Al referirnos a la libertad, en términos amplios, y específicamente a la libertad en internet, parece aventurado pensar en un sacrificio de la misma en aras de la protección de los derechos de propiedad intelectual de determinados autores o titulares.

Sin embargo, la experiencia práctica de casi dos décadas —desde esta verdadera revolución tecnológica, que la digitalización e internet han significado para el derecho y la vida en sociedad—, la evidencia empírica nos muestra una suerte de tendencia pendular, propia de las disrupciones tecnológicas a lo largo de la historia de la humanidad: desde el asombro y la sensación inicial de que será imposible regular o acometer los nuevos medios tecnológicos desde el punto de vista del derecho, hasta el equilibrio normativo y adaptación de los principios generales a los nuevos actores de esa área o industria, cuyo mercado se encuentra igualmente alcanzando un nuevo punto de equilibrio (post disrupción, por decirlo de algún modo).

Como señalábamos inicialmente, a la ya tradicional búsqueda de balances entre los intereses de los autores o titulares de derechos de autor sobre obras o contenidos (en contraposición a los del público por acceder y difundir dichos bienes culturales, en línea con la garantía del Art. 19 Nº 25 de nuestra Constitución Política), se ha sumado el paradigma de este nuevo equilibrio entre la libertad de los usuarios en internet, ante la restricción o bloqueo en el acceso a contenidos protegidos por derecho de autor.

Pero la discusión sobre libertad y derecho de autor no es necesariamente nueva: tanto en los sistemas de excepciones del derecho civil, como en el de *fair use* del derecho anglosajón, ya conocemos ejemplos concretos en que el derecho de autor cede o se exceptúa ante bienes jurídicos superiores propios de la libertad, como son los de la crítica, la parodia, el derecho a informar, el de cita y en general los fines propios de enseñanza o ilustración.

Lo cierto es que, por su propia naturaleza, la digitalización invirtió inicialmente la balanza en favor del acceso y uso sin restricciones por parte de los usuarios, lejos del equilibrio que las industrias creativas buscaban o podían haber obtenido en el mundo analógico. Y fue una potencia con una de las mayores industrias tecnológicas y de contenidos del mundo, como lo es Estados Unidos, la primera en regular y tratar de imponer normas para proteger dicha industria a nivel global.

Por lo mismo, creemos que al hacer un análisis objetivo tanto de las normas norteamericanas adoptadas por Chile en el TLC con Estados Unidos, como ahora a nivel multilateral en el TPP (tratado que, además, está diseñado para ser adherido por el mayor número de estados posible en los años venideros), la mayoría de las críticas que se hacen en el ámbito de la libertad en internet resultan más bien teóricas, de laboratorio, o muchas veces exageradas.

En un mundo global, basta observar los niveles de libertad que hoy gozamos en las propias redes y plataformas norteamericanas más populares, como Google, Facebook, Youtube o Twitter, para constatar que no vivimos ahí en un mundo de censura y abusos, en contra de quienes de buena fe quieren simplemente acceder y gozar de bienes culturales a través de internet.

Obviamente en nuestra legislación interna se deben buscar y perfeccionar garantías, que eviten y penalicen usos abusivos o arbitrarios de los mecanismos de bloqueo de contenidos en internet, tal como se ha hecho vastamente en Estados Unidos. Pero en definitiva creemos que no debe perderse el principio fundamental que debe tenerse en mente a la hora de buscar un equilibrio o balance entre derechos o bienes jurídicos contrapuestos, que no es únicamente la libertad, sino la justicia.

Serie Debates de Política Pública

Acuerdo Transpacífico de Libre Comercio, derechos de autor e internet: Dos visiones

DANIEL ÁLVAREZ VALENZUELA
RODRIGO VELASCO ALESSANDRI
Número 17, Septiembre de 2016

Historia, legislación comparada y revisión de sus funciones

CRISTÓBAL HASBUN
Número 16, Agosto de 2016

El diálogo de dos desafíos: Evolución y relación de la desigualdad y la escolaridad en Chile

ESTÉFANO RUBIO
Número 15, Mayo de 2016

Cambios en la participación electoral tras la inscripción automática y el voto voluntario

LORETO COX A. Y RICARDO GONZÁLEZ T.
Número 14, Marzo de 2016

Las desigualdades en la atención médica en los últimos 20 años

CAROLINA VELASCO O. Y JOSEFA HENRÍQUEZ (autores)
Número 13, Noviembre de 2015

Enfoques complementarios para la evaluación social de proyectos

CLAUDIO A. AGOSTINI Y SLAVEN RAZMILIC (autores)
Número 12, Octubre de 2015

Reforma de la política: Una mirada sistémica

ISABEL ANINAT S., LUCAS SIERRA I. Y RICARDO GONZÁLEZ T. (autores)
Número 11, Septiembre de 2015

Comunidades locales y proyectos de inversión: Hacia la construcción de consensos

ANDRÉS HERNANDO Y SLAVEN RAZMILIC (autores)
Número 10 julio 2015

La prohibición a los fines de lucro y propuestas de gobierno para las universidades chilenas

IGNACIO VALENZUELA NIETO
Número 9 junio 2015

Fortalecimiento de la carrera docente

SYLVIA EYZAGUIRRE Y FERNANDO OCHOA
Número 8 abril 2015

Fortalecimiento de la función fiscalizadora del Servel

ISABEL ANINAT S. Y RICARDO GONZÁLEZ T.
Número 7 abril 2015

Subsidio al arriendo: primeros resultados y pasos a seguir

SLAVEN RAZMILIC
Número 6 marzo 2015

El sector energético en Chile y la Agenda de Energía 2014: Algunos elementos para la discusión

ANDRÉS HERNANDO
Número 5 diciembre 2014

Impuesto territorial y financiamiento municipal

SLAVEN RAZMILIC
Número 4 noviembre 2014

Desafíos y algunos lineamientos para el sistema de seguros de salud en Chile
CAROLINA VELASCO O.
Número 3 octubre 2014

Financiamiento permanente no electoral de los partidos políticos
ISABEL ANINAT S. Y RICARDO GONZÁLEZ T.
Número 2 septiembre 2014

Un sistema electoral mixto para el presidencialismo chileno
LUCAS SIERRA I. Y RICARDO GONZÁLEZ T.
Número 1 agosto 2014

CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS

www.cepchile.cl