

# DE LA OMC A LOS TRATADOS BILATERALES DE LIBRE COMERCIO CON ESTADOS UNIDOS. UNA MIRADA AL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS EN AMÉRICA LATINA\*

**Carolina Romero Romero\*\***

Fecha de recepción: 28-09-2020

Cuando se propone la conformación de la Organización Mundial de Comercio, en adelante OMC, existe la necesidad de un nuevo orden mundial que conduzca hacia la paz y la convivencia pacífica de las naciones. Las lecciones aprendidas de las dos guerras mundiales vinieron acompañadas con la aspiración de un futuro en donde fuera posible garantizar el bienestar de todos. Este propósito, aunque aparentemente sencillo, en realidad fue, es y siempre será ambicioso; hay suficiente evidencia de que no es fácil lograr que los países alcancen consensos sobre los mecanismos que puedan ser apropiados para alcanzar dicho propósito y para ello se requiere voluntad política y ceder un poco de soberanía en aras de beneficiarse de grandes contratos multipares, entre ellos los de los asuntos relacionados con el comercio internacional, en nombre del cual históricamente se han generado grandes conflictos.

La intención de crear una organización internacional que se encargara de los asuntos relacionados con el comercio no fue una idea que surgiera a partir de la Ronda de Uruguay; esta existía desde tiempo atrás. Precisamente un mes después de lograrse la aprobación y firma del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, conocido como el GATT, se iniciaron las conversaciones sobre

\* La expresión América Latina abarca los siguientes 20 países: 1. Argentina. 2. Bolivia. 3. Brasil. 4. Chile. 5. Colombia. 6. Costa Rica. 7. Cuba. 8. Ecuador. 9. El Salvador. 10. Guatemala. 11. Haití. 12. Honduras. 13. México. 14. Nicaragua. 15. Panamá. 16. Paraguay. 17. Perú. 18. República Dominicana. 19. Uruguay y 20. Venezuela.

\*\* Directora general, Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia.

© De la obra: Carolina Romero Romero.

© De la edición: Instituto de Derecho de Autor, 2020.

Reservados todos los derechos. El editor no se hace responsable de las opiniones, comentarios y declaraciones vertidas por el autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

la creación de la Organización Internacional de Comercio (OIC); sin embargo, a pesar de que esa intención prosperó mediante la aprobación de la carta de La Habana en 1948, no encontró un camino propicio para su materialización en la práctica. Las negociaciones continuaron y fue en la octava ronda de negociación, llamada la Ronda de Uruguay, en la que finalmente se logra la creación de la OMC y la incorporación de un nuevo conjunto de acuerdos, entre ellos los acuerdos sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC<sup>1</sup>).

La participación de 123 países, así como los innumerables temas que abarcó, hizo que la Ronda de Uruguay fuera catalogada como la mayor negociación comercial que se ha desarrollado hasta el momento. Los asuntos relacionados con la propiedad intelectual fueron incluidos en dicha ronda en el año 1986 y los acuerdos se alcanzaron en el año 1994<sup>2</sup>. Esto no significa que antes de esa fecha el GATT no incluyera disposiciones sobre propiedad intelectual; desde 1947 las contenía, solo que estas no abarcaban tantas materias y detalles como los comprendidos en el marco de los ADPIC<sup>3</sup>.

Observamos entonces que la negociación de los ADPIC manifiesta la relevancia que adquieren en el comercio internacional los asuntos relacionados con la propiedad intelectual en general y el derecho de autor y los derechos conexos en particular, lo cual se reafirmaría reiteradamente en los tratados bilaterales de libre comercio (TLC) negociados en los años 90 y las dos décadas posteriores, siendo además de interés de los países contar con mecanismos que permitieran la exigibilidad de las obligaciones adquiridas, a través de los mecanismos de resolución de controversias incorporados tanto en los ADPIC, como en los TLC.

En el presente trabajo haremos un recorrido por las disposiciones sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos en los acuerdos comerciales que establecieron compromisos entre los países de América Latina y Estados Unidos, tanto en el ámbito multilateral, a partir de los ADPIC, como en el ámbito bilateral, a través de los TLC, lo que nos permitirá notar la evolución de estas materias, su estado actual y las posibles áreas de trabajo futuro.

## 1. EL CONTEXTO MUNDIAL DURANTE LA NEGOCIACIÓN DE LOS ADPIC

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, más conocidos como los ADPIC, es el anexo 1C del Acuerdo de Marrakech, por el cual se estableció la Organización Mundial del Comercio, firmado en esa misma ciudad el 15 de abril de 1994. Hasta ese momento, los principales convenios internacionales, en materia de derecho de autor y derechos conexos vigentes, eran administrados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, en adelante OMPI.

Sin embargo, conforme expresa Alberto Bercovitz, la existencia de mercados cada vez más globalizados, los diferentes niveles de protección en los países —lo cual generaba distorsiones competitivas— y el surgimiento de tecnologías que permitían nuevas formas de comunicación, así como la reproducción de obras protegidas por el derecho de autor y prestaciones protegidas por los derechos conexos en distintos tipos de soportes, facilitando su consumo masivo y comercialización como mercancías, impulsaron la necesidad de buscar respuestas adecuadas a esas nuevas realidades, lo cual vino acompañado de un cambio de foro<sup>4</sup>.

1 Los años del GATT: de La Habana a Marrakech. En [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/fact4\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact4_s.htm).

2 La Ronda de Uruguay. En [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/fact5\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact5_s.htm).

3 Organización Mundial del Comercio. Introducción al acuerdo sobre los ADPIC, p. 3. En [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/ta\\_docs\\_s/modules1\\_s.pdf](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/ta_docs_s/modules1_s.pdf).

4 Bercovitz, Alberto. El Derecho de Autor en el Acuerdo TRIPS. En *Temas de derecho industrial y de la competencia 1. Propiedad Intelectual en el GATT*. Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, pp. 11-19.

Es así como las discusiones sobre la protección de la propiedad intelectual se integraron al GATT con mayor amplitud y detalle, atendiendo el mandato acordado por los ministros de Comercio reunidos en Punta del Este, Uruguay, en 1986<sup>5</sup>.

El creciente comercio y la circulación mundial de mercaderías también aumentaron la necesidad de una mayor armonización para tratar de alcanzar la eficacia en la protección internacional de los derechos de propiedad intelectual. Se requería entonces la consagración de estándares mínimos de protección, aspiración que no se lograba totalmente en el foro de la OMPI, debido a la inexistencia en dicho ámbito de mecanismos para hacer exigibles los estándares y compromisos consagrados en los acuerdos multilaterales administrados por dicha organización, como es el caso del mecanismo de solución de diferencias existente en el marco de la OMC, asunto que fue considerado en la negociación de la Ronda de Uruguay<sup>6</sup> y que permite que los países miembros de esta puedan promover algunas actuaciones en caso de considerar que existe un incumplimiento de las normas por parte de otro Estado que sea parte contratante.

Sin embargo, es importante mencionar que las disposiciones de los ADPIC en algunos aspectos no abarcan compromisos establecidos tiempo atrás en los acuerdos administrados por la OMPI. Concretamente, en el caso del derecho de autor y los derechos conexos vemos que las diferencias entre los distintos sistemas de protección —por una parte, aquellos derivados del *common law* y por la otra, aquellos derivados del *civil law*— fueron evidentes en los textos acordados. Para la muestra, un botón: las obligaciones sobre derechos morales consagradas en el Convenio de Berna no fueron tenidas en cuenta en los ADPIC<sup>7</sup>, diferencia referida por algunos doctrinantes como *Berna menos*<sup>8</sup>. Lo cual no quiere decir que los países que sean parte contratante de dicho convenio no estén obligados

5 Declaración Ministerial adoptada en Punta del Este, Uruguay, el 20 de septiembre de 1986. Disponible en [http://www.sice.oas.org/trade/Punta\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/trade/Punta_s.asp): «... Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, incluido el comercio de mercancías falsificadas. A fin de reducir las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo, y teniendo en cuenta la necesidad de fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual y de velar por que las medidas y procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo, las negociaciones tendrán por finalidad clarificar las disposiciones del Acuerdo General y elaborar, según proceda, nuevas normas y disciplinas.

»Las negociaciones tendrán por finalidad la elaboración de un marco multilateral de principios, normas y disciplinas en relación con el comercio internacional de mercancías falsificadas, habida cuenta de la labor ya realizada en el GATT.

»Estas negociaciones se entenderán sin perjuicio de otras iniciativas complementarias que puedan tomarse en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual o en cualquier otro foro para tratar de resolver estas cuestiones».

6 Declaración Ministerial adoptada en Punta del Este, Uruguay, el 20 de septiembre de 1986. Disponible en [http://www.sice.oas.org/trade/Punta\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/trade/Punta_s.asp): «Solución de diferencias. Con el fin de asegurar la solución pronta y efectiva de las diferencias en beneficio de todas las partes contratantes, las negociaciones tendrán por finalidad mejorar y fortalecer las normas y procedimientos del proceso de solución de diferencias, reconociendo al mismo tiempo la contribución que prestarían normas y disciplinas del GATT más eficaces y exigibles. Las negociaciones deberán incluir la elaboración de disposiciones adecuadas para la supervisión y control del procedimiento, que faciliten el cumplimiento de las recomendaciones adoptadas».

7 Parte II, sección 1, Derecho de Autor y Derechos Conexos del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, ADPIC. Disponible en [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/t\\_agm3\\_s.htm#1](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/t_agm3_s.htm#1). «Sección 1: Derecho de autor y derechos conexos. Artículo 9. Relación con el Convenio de Berna. 1. Los Miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) y el Apéndice del mismo. No obstante, en virtud del presente Acuerdo ningún Miembro tendrá derechos ni obligaciones respecto de los derechos conferidos por el artículo 6 bis de dicho Convenio ni respecto de los derechos que se derivan del mismo. 2. La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí».

8 Lipszyc, Delia. Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos. Unesco, CERLALC, ZAVALLA, Francia, Bogotá, Buenos Aires. 2004, pp. 44–46.

a cumplir con las obligaciones del artículo 6 bis; esto lo que indica es que no se aplicará en esos casos el mecanismo de resolución de controversias existente en la OMC<sup>9</sup>.

En otros casos, algunas disposiciones son consideradas *Berna plus*<sup>10</sup>; es decir, que tienen mayor amplitud y alcance que lo establecido en el Convenio de Berna, como es el caso de las disposiciones referidas a los programas de ordenador (art. 10,1), compilaciones de datos (art. 10,2), derechos de arrendamiento sobre los programas de ordenador y las obras cinematográficas (art. 11) y duración de la protección (art. 12).

Las diferencias de los ADPIC en algunas materias, en comparación con tratados multilaterales vigentes hasta entonces, no tienen necesariamente una connotación positiva o negativa. Para poder calificarlas de alguna de las dos formas, sería indispensable hacer un análisis particular de los intereses ofensivos que en el momento de la negociación tuvo cada país, no solo en el capítulo de propiedad intelectual, sino también en relación con los otros asuntos del acuerdo; por lo cual, en este trabajo no vamos a detenernos en ese aspecto, pero indudablemente dichas diferencias podrían calificarse como necesarias para llegar a los consensos en el marco de la OMC y para que cada uno de sus Estados miembros, atendiendo a sus tradiciones jurídicas y maneras de entender esta materia, pudieran tener un margen de flexibilidad al momento de implementar los ADPIC en su legislación nacional.

Por lo tanto, esta circunstancia hace explícito, en el transcurso de la negociación y después de su finalización, que una armonización plena en todos los asuntos no sería posible y que lo que su resultado manifiesta es el acuerdo por parte de los países miembros de los aspectos en los que tenían interés de lograr una mayor armonización.

## 2. LAS PERSPECTIVAS DE LOS NUEVOS ESCENARIOS

Antes de la inclusión de los temas de propiedad intelectual en la Ronda de Uruguay hubo oposición por parte algunos países en desarrollo; sin embargo, prevaleció el interés de países como Estados Unidos y el tema fue incorporado en la Declaración Ministerial de Punta del Este<sup>11</sup>. Los principales argumentos esgrimidos por dichos países e incluso por la Unión Europea para manifestar su preocupación por el tema se expresan a continuación:

*El GATT carece de competencia para tratar estos temas y solo se ocupa del comercio de mercancías, la regulación de la propiedad intelectual le compete a la OMPI, organización que hasta ese entonces había administrado los convenios internacionales más importantes del área. Simplemente, la lucha contra la piratería de marcas y derechos de autor es competencia del GATT. Los países en vías de desarrollo temían que en el marco del GATT sus intereses serían menos considerados y que su posición crítica respecto de la propiedad intelectual sería aquí más difícil de sustentar, por ello se preocuparon por resaltar el rol de la OMPI y lograron que en la Declaración Ministerial de 1986 se estableciera expresamente que las negociaciones de TRIPS en el marco del GATT no iban a perjudicar las negociaciones en la OMPI. Sin embargo, cabe anotar que también otros países, no en vías de desarrollo, como la UE, resaltaron el rol de la OMPI<sup>12</sup>.*

En todo caso, la negociación de los ADPIC también tuvo un alcance limitado y estuvo enfocada a los asuntos relacionados con las obras protegidas por el derecho de autor y las prestaciones protegidas por los derechos conexos que circulaban en formatos tangibles, es decir, fijados en soportes físicos que

9 Implicaciones de los acuerdos sobre los ADPIC en los tratados administrados por la OMPI. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Ginebra, Suiza, 1997, p. 15

10 Lipszyc, Delia. Pp. 46 -52.

11 Pacón, Ana María. ADPIC y los países en vías de desarrollo. Posición durante y después de la Ronda de Uruguay. En *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Organización Mundial del Comercio. El acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio*. Tomo II. Dirigido por Julio Iglesias Prada, p. 137.

12 *Ibidem*. Pp. 138-139.

traspasaban fronteras a través de las aduanas como mercancías, y muy poco se consideraron los aspectos relacionado con el entorno digital abordados posteriormente y con mayor detalle en los tratados de la OMPI de 1996. Este aspecto también nos anticipará la manera en que evolucionaran los tratados bilaterales de libre comercio, que se negociarían con posterioridad a la aprobación de los tratados Internet. Notaremos que tanto estos tratados como la manera en que fueron implementados en algunos países, como es el caso de Estados Unidos y los miembros de la Unión Europea, influenciaron los textos de los compromisos referidos al derecho de autor y los derechos conexos, así como los de la observancia de estos derechos incluidos en los tratados bilaterales de libre comercio suscritos con posterioridad.

Vale la pena destacar entonces que, mientras en la época de Victor Hugo, la existencia de tratados bilaterales entre países europeos impulsó posteriormente la negociación de un tratado multilateral como es el caso del Convenio de Berna, recibido inicialmente con mayor beneplácito en territorio europeo, más de un siglo después ocurre lo mismo, pero con una dinámica distinta imposible de desconocer. Son precisamente los tratados bilaterales de libre comercio negociados a partir de 1997 los que impulsaron la vigencia e implementación de los tratados multilaterales negociados previamente en la OMPI (TODA y TOIEF)<sup>13</sup>. Es notorio que, en el caso de América Latina, los países que han suscrito tratados de libre comercio con Estados Unidos y la Unión Europea se han comprometido a la adhesión o ratificación e implementación de los tratados mencionados.

Es indiscutible que las dinámicas de una negociación pueden variar sustancialmente del ámbito multilateral al bilateral. En el primer caso, sea en la OMC o en la OMPI, un país puede encontrar aliados para presionar que se incluyan intereses comunes y, por lo tanto, lograr un mayor equilibrio en aquella; sin embargo, una negociación en el campo bilateral será de utilidad para las partes si ambas pueden llegar a obtener beneficios del acuerdo conforme a sus intereses ofensivos.

En el caso del derecho de autor y los derechos conexos es inevitable reconocer que, aunque en el momento de las negociaciones los representantes del alto Gobierno de los países latinoamericanos no tenían mucha conciencia de la importancia que las industrias creativas y culturales tienen para potencializar el desarrollo económico en la región, el tiempo nos ha permitido darnos cuenta de que realmente es una ventaja que los autores, intérpretes, ejecutantes, artistas, productores (audiovisuales y de fonogramas) y demás titulares derivados, nacionales de los países de América Latina, puedan beneficiarse de los más altos estándares que facilitan la protección internacional en un entorno digital, y que hoy en día permite que las creaciones protegidas por el derecho de autor y las prestaciones protegidas por los derechos conexos alcancen mercados a nivel mundial.

Por lo anterior y debido al talento creativo que es posible encontrar en América Latina, así como su reconocida diversidad cultural, la adecuada y efectiva protección de los derechos de autor y conexos debería ser parte de los intereses ofensivos de los países de la región.

### 3. TRATADOS DE LIBRE COMERCIO EN LOS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA

Un acuerdo de libre comercio puede ser negociado entre un país y uno o más países (bilateral) o entre un grupo de países (regional/multilateral). A través de él se establece una zona de libre comercio de bienes y servicios, en la que se eliminan aranceles y se negocia con el propósito de ampliar el mercado de bienes y servicios entre los países participantes del mencionado acuerdo<sup>14</sup>.

Dependiendo de lo que determinen las partes, es posible encontrar en dichos acuerdos capítulos referidos a la propiedad intelectual y específicamente al derecho de autor y los derechos conexos.

Antes de que los países de América Latina iniciaran la negociación de tratados bilaterales con Estados Unidos, encontramos como un importante antecedente la negociación del Área de Libre

13 Recordemos que los Tratados de la OMPI de 1996, tienen su origen en los comités de expertos convocados por la Asamblea y la Conferencia de Representantes de la Unión de Berna en 1989 y 1992, para discutir algunas cuestiones referidas al derecho de autor y los derechos conexos.

14 Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Colombia. <http://www.tlc.gov.co/>.

Comercio de las Américas (ALCA), adoptada en la I Cumbre de las Américas, celebrada en Miami en diciembre de 1994, un poco después de la negociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, TLCAN (Canadá, Estados Unidos y México).

La negociación del ALCA contenía un capítulo de propiedad intelectual y prometía convertirse en la mayor zona de libre comercio del mundo a más tardar en el año 2005, año en el cual, por el contrario, la realidad indicaba que dicho acuerdo no se consolidaría en un corto plazo y quedaría sin posibilidades de reanudarse hasta la fecha.

A pesar de lo anterior, los países de América Latina que apostaron por una mayor apertura económica no solo comenzaron negociaciones de tratados bilaterales con Estados Unidos, sino también con bloques económicos y países ubicados en otros continentes, como la Unión Europea<sup>15</sup>, la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC<sup>16</sup>) y algunos países asiáticos, entre ellos Japón, Corea del Sur y Singapur. Entretanto, hay iniciativas regionales destacables y con diferente grado de profundización y consolidación, como es el caso de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y la Alianza Pacífico, entre otros. Sin embargo, no me referiré aquí a estas; me enfocaré en los acuerdos suscritos entre países de América Latina con los Estados Unidos, por ser estos los que, entre países del continente americano, incorporan disposiciones más detalladas sobre el derecho de autor y los derechos conexos relacionadas con los desarrollos propiciados por el ambiente digital.

#### **4. ACUERDOS BILATERALES DE LIBRE COMERCIO ENTRE PAÍSES DE AMÉRICA LATINA Y ESTADOS UNIDOS**

A continuación, realizaremos una revisión de los acuerdos suscritos entre los países de América Latina y los Estados Unidos, para presentar las disposiciones generales, sustantivas y sobre la observancia del derecho de autor y los derechos conexos que fueron incluidos en estos, que consideramos relevante destacar, por lo que algunas disposiciones solo serán mencionadas como referencia, mas no analizadas.

##### **4.1 TRATADOS DE LIBRE COMERCIO ENTRE MÉXICO, ESTADOS UNIDOS Y CANADÁ**

Entre México y los otros dos países norteamericanos<sup>17</sup> han sido suscritos dos acuerdos de libre comercio; el primero de ellos conocido como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o por sus siglas en inglés, NAFTA<sup>18</sup>) y el segundo conocido como el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC).

###### **4.1.1 Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)**

El TLCAN fue firmado el 17 de diciembre de 1992 y entró en vigor el 1 de enero de 1994, pocos meses antes de la suscripción de los ADPIC en el marco de la OMC, el 15 de abril de 1994, y un año antes

15 En la actualidad 27 países: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Rumanía y Suecia.

16 Agrupa a algunos países que no son miembros de la Unión Europea: Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza.

17 Geográficamente América del Norte o Norteamérica se encuentra conformado por Canadá, Estados Unidos y México. Los tres países juntos tienen una población aproximada de más de 490 millones de habitantes, tienen un PIB PPA que supera a la Unión Europea, cuentan con un elevado desarrollo industrial y económico, que los ubica a cada uno de ellos entre las 15 mayores economías del mundo, todo lo cual nos da la dimensión del mercado que representan y de la importancia de los tratados de libre comercio entre estos países. Fuente: Wikipedia. [https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Pa%C3%ADses\\_por\\_PIB\\_\(nominal\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Pa%C3%ADses_por_PIB_(nominal)) [https://es.wikipedia.org/wiki/Am%C3%A9rica\\_del\\_Norte#Origen\\_del\\_nombre\\_de\\_Am%C3%A9rica\\_del\\_Norte](https://es.wikipedia.org/wiki/Am%C3%A9rica_del_Norte#Origen_del_nombre_de_Am%C3%A9rica_del_Norte).

18 North American Free Trade Agreement. Disponible en [http://www.sice.oas.org/Trade/nafta\\_s/Index1.asp](http://www.sice.oas.org/Trade/nafta_s/Index1.asp).

de la entrada en vigor de estos, el 1 de enero de 1995. Dicho acuerdo contenía cuatro disposiciones sustantivas generales, aplicables a la propiedad intelectual (arts. 1701, 1702, 1703, 1704), tres disposiciones sustantivas específicas en materia de derecho de autor y derechos conexos (arts. 1705, 1706 y 1707) y cuatro disposiciones relacionadas con la observancia de los derechos de propiedad intelectual, aplicables a estas materias (arts. 1714, 1715, 1716, 1717 y 1718)<sup>19</sup>.

El primer grupo de disposiciones sustantivas consagra asuntos relacionados con la naturaleza y el ámbito de las obligaciones (art. 1701), para establecer la obligación de una protección adecuada y eficaz a los derechos de propiedad intelectual, y en el ámbito del derecho de autor y conexos, la aplicación de las disposiciones sustantivas consagradas en **a)** el «Convenio de Ginebra para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas», 1971 (Convenio de Ginebra) y **b)** el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas, 1971 (Convenio de Berna). En caso de no ser parte de dichos convenios en la fecha de entrada en vigor del TLCAN, las partes harían todo lo posible para adherirse a los textos citados.

Tengamos en cuenta que, para la fecha de entrada en vigor del TLCAN, Canadá no era parte del acta de Berna de 1971, al cual se adhirió el 26 de marzo de 1998, y entró en vigor el 26 de junio de 1998. Sin embargo, sí era parte del Convenio de Berna desde 1928, por la Declaración sobre la aplicación continuada, realizada por dicho país el 10 de abril de 1928<sup>20</sup>, después de la independencia del Reino Unido. Estados Unidos de América<sup>21</sup> y México<sup>22</sup>, por el contrario, ya eran parte contratante de la mencionada acta del 71. En cuanto al Convenio de Ginebra, conocido también como Convenio Fonogramas, aunque Canadá lo firmó el 29 de octubre de 1971, hasta el momento no lo ha ratificado. Por su parte, Estados Unidos<sup>23</sup> al igual que México<sup>24</sup> ya eran parte contratante de aquel.

Tengamos presente que para esa época no habían sido acordados los tratados de la OMPI de 1996 (TODA y TOIEF), lo cual explica que el TLCAN no contenga algunas disposiciones relacionadas con el entorno digital, contenidas en dichos acuerdos en relación con el alcance de algunos derechos y temas como las medidas tecnológicas de protección e información sobre la gestión de derechos.

Es importante destacar que el anexo 1701.3 solo aplicable a México, establece en el literal (c): «No obstante lo dispuesto en el Artículo 1701 inciso 2(b), este Tratado no confiere derechos ni impone obligaciones a Estados Unidos respecto al Artículo 6 bis del Convenio de Berna, o a los derechos derivados de ese artículo». Redacción similar a lo que con posterioridad quedó consagrado en los ADPIC en relación con los derechos morales.

Por otra parte, el artículo 1702, siguiendo la misma orientación de la mayor parte de los tratados internacionales en estas materias, aclara que la protección y obligaciones allí contenidas son un piso y no un techo; por lo tanto, las partes podrán consagrar en su legislación interna una protección más amplia, siempre que ello no sea incompatible con las disposiciones del tratado.

- 
- 19 Los artículos 1714 a 1718 establecen los temas relacionados con la observancia de los derechos de propiedad intelectual. Dichos artículos son: artículo 1714: Defensa de los derechos de propiedad intelectual. Disposiciones generales; artículo 1715: Aspectos procesales específicos y recursos en los procedimientos civiles y administrativos; artículo 1716: Medidas precautorias; artículo 1717: Procedimientos y sanciones penales; artículo 1718: Defensa de los derechos de propiedad intelectual en la frontera.
- 20 [https://www.wipo.int/treaties/es/remarks.jsp?cnty\\_id=926C](https://www.wipo.int/treaties/es/remarks.jsp?cnty_id=926C).
- 21 Convenio de Berna (1971) – Estados Unidos de América. Adhesión: 16 de noviembre de 1988. Entrada en Vigor: 1 de marzo de 1989. En [https://www.wipo.int/treaties/es/ActResults.jsp?act\\_id=26](https://www.wipo.int/treaties/es/ActResults.jsp?act_id=26).
- 22 Convenio de Berna (1971) – México. Firma: 24 de julio de 1971. Ratificación: 11 de septiembre de 1974. Entrada en Vigor: 17 de diciembre de 1974. En [https://www.wipo.int/treaties/es/ActResults.jsp?act\\_id=26](https://www.wipo.int/treaties/es/ActResults.jsp?act_id=26).
- 23 Convenio de Ginebra – Estados Unidos de América. Firma: 29 de octubre de 1971. Ratificación: 26 de noviembre de 1973. Entrada en Vigor: 10 de marzo de 1974. En [https://www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?lang=es&treaty\\_id=18](https://www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?lang=es&treaty_id=18).
- 24 Convenio de Ginebra – México. Firma: 29 de octubre de 1971. Ratificación: 11 de septiembre de 1973. Entrada en Vigor: 21 de diciembre de 1973. En [https://www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?lang=es&treaty\\_id=18](https://www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?lang=es&treaty_id=18).

El artículo 1703 establece el principio del «trato nacional» como regla general, así como sus excepciones, entre ellas que cada una de las partes podrá limitar los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes de otra parte respecto a los usos secundarios de sus fonogramas a los derechos que sus nacionales reciban en el territorio de esa otra parte.

Para finalizar el catálogo de este primer grupo, el artículo 1704, permite a los Estados el control de prácticas y condiciones abusivas o contrarias a la competencia. Las partes podían en virtud de este tipificar en su legislación interna prácticas o condiciones relativas a la concesión de licencias que, en casos particulares, puedan constituir un abuso de los derechos de propiedad intelectual con efecto negativo sobre la competencia en el mercado correspondiente y podrán adoptar o mantener, de conformidad con otras disposiciones del tratado, las medidas adecuadas para impedir o controlar dichas prácticas o condiciones.

El segundo grupo de disposiciones sustantivas referidas específicamente al derecho de autor y los derechos conexos, como mencionamos, contienen tres disposiciones. La primera de ellas sobre derecho de autor (artículo 1705) contiene siete numerales que abarcan las siguientes materias: 1. Objeto de protección: remite al artículo 2 del Convenio de Berna y menciona de forma expresa los programas de cómputo y las compilaciones de datos u otros materiales que por sí mismos constituyan creaciones originales susceptibles de protección. 2. Contenido de los derechos: remite expresamente a los derechos concedidos en el Convenio de Berna y después define expresamente el alcance de algunos derechos como el de importación, distribución, comunicación pública y alquiler comercial, excluyéndose expresamente de este último la figura del agotamiento del derecho. 3. Disposiciones relativas a la transferencia de derechos y atributos de la titularidad derivada. 4. El término de protección no podrá ser inferior a 50 años, salvo obras fotográficas y de arte aplicado. 5. Consagra la regla de los tres pasos. 6. Licencias obligatorias: se impide a las partes la posibilidad de conceder licencias para la reproducción y traducción, permitidas conforme al Convenio de Berna, cuando las necesidades legítimas de copias o traducciones de la obra en el territorio de esa parte pudieran cubrirse mediante acciones voluntarias del titular del derecho; y 7. Estados Unidos otorgará protección a las películas cinematográficas producidas en territorio de otra parte que hubieren sido declaradas de dominio público conforme al 17 U. S. C., sección 405. Esta disposición tiene relación con los derechos sobre las producciones cinematográficas canadienses y mexicanas que habían pasado al dominio público en el territorio de Estados Unidos por no haberse utilizado en las respectivas copias la mención de reserva de los derechos de autor o la notificación de protección por derecho de autor que debía constar del símbolo © (la letra C en un círculo), o la palabra «copyright», entre otras anotaciones que permitieran identificar el año de publicación y el titular de los derechos.

La segunda disposición sustantiva se refiere a los fonogramas (artículo 1706). Esta contiene tres incisos, ninguno de ellos referido al objeto de protección; es decir, que no contienen una definición de fonogramas. Sin embargo, asumimos que, por hacerse referencia al Convenio Fonogramas en las disposiciones generales del capítulo de propiedad intelectual, las partes tienen en cuenta la definición establecida en él para efecto de la interpretación del objeto de protección<sup>25</sup>. En su orden sus numerales disponen lo siguiente: 1. Contenido y alcance de los derechos de reproducción, importación, distribución y alquiler comercial, excluyéndose expresamente este último de la figura del agotamiento del derecho. 2. Se establece un término de protección mínimo de 50 años, superior a los 20 años establecidos en el artículo 4 del Convenio Fonogramas; y 3. Establece la regla de los tres pasos para el establecimiento de las limitaciones excepciones a los derechos. Lo cual es novedoso hasta ese momento, dado que antes del ADPIC la regla de los tres pasos no aparecía establecida en ningún convenio multilateral en relación con los derechos conexos.

La tercera y última de las disposiciones sustantivas en materia de derecho de autor y derechos conexos hace referencia a la protección de las señales de satélite codificadas portadoras de programas

25 Convenio Fonogramas: «Artículo 1. Para los fines del presente Convenio, se entenderá por: a) «fonograma», toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos [...]».

(artículo 1707). Aunque en virtud de este acuerdo no se establece obligación alguna para que las partes contratantes contraigan obligaciones o suscriban el Convenio de Bruselas sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite, para las fechas de negociación y entrada en vigor del TLCAN, tanto Estados Unidos como México ya eran parte contratante del Convenio de Bruselas; por su parte, Canadá todavía no ha suscrito dicho tratado.

Esta disposición contiene dos numerales: 1. Consagra la obligación de establecer sanciones penales en relación con ciertos actos que se realicen frente a dispositivos o sistemas que permitan descifrar señales de satélite codificadas portadoras de programas sin autorización de su distribuidor legítimo; y 2. Establece sanciones civiles con relación a la recepción y distribución de una señal codificada portadora de programas que ha sido descodificada sin autorización de su distribuidor legítimo, o la participación en algunas de las conductas mencionadas anteriormente.

Como notamos este tratado tampoco incluye ninguna disposición que relaciona con la responsabilidad de los proveedores de servicios en Internet (ISP), discusión que se dio en los Estados Unidos con posterioridad a la adopción y entrada en vigor del TLCAN y que culminó con la adopción de la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA), en el año 1998.

#### **4.1.2 Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC)<sup>26</sup>**

Este tratado puede ser considerado como una segunda etapa en la profundización de las relaciones comerciales entre estos tres países; de allí que múltiples doctrinantes y medios de comunicación lo llamen TLCAN 2.0 o NAFTA 2.0, denominación que puede considerarse apropiada, en especial si tenemos en cuenta el grado de detalle incorporado en las disposiciones sobre derecho de autor y derechos conexos que tuvieron en cuenta la evolución de Internet entre los años 1994 a 2018, periodo durante el cual Estados Unidos negoció varios tratados comerciales con países de América Latina, en los cuales se incluyeron algunas de las disposiciones inspiradas en la DMCA. Era entonces previsible que en este segundo acuerdo con sus vecinos de América del Norte también tuviera este interés.

El T-MEC fue firmado el 30 de noviembre de 2018 y entró en vigor el 1 de julio de 2020. El capítulo 20, dedicado a los Derechos de Propiedad Intelectual, tiene un conjunto de disposiciones generales en la sección A, disposiciones sobre cooperación en temas de propiedad intelectual en la sección B, disposiciones sustantivas sobre derecho de autor y derechos conexos en la sección H, y las disposiciones sobre la observancia de los derechos en la sección J, en las cuales aparecen disposiciones específicas aplicables al derecho de autor y los derechos conexos.

Desde el inicio se aprecia el grado de profundización del acuerdo, comenzando por las disposiciones generales. En las definiciones del primer artículo (artículo 20.1: Definiciones) de este capítulo, encontramos varias de ellas relacionadas con el derecho de autor y los derechos conexos. Ello es también palpable en el listado de tratados mencionados sobre esta materia (artículo 20.7: Acuerdos Internacionales), incluyéndose aquí el compromiso de ratificar o adherir al Convenio de Berna, el TODA y el TOIEF, estos últimos no incorporados en el TLCAN por no existir en el momento de la negociación de ese acuerdo, y la obligación de ratificar o adherir al Convenio de Bruselas, en caso de no haberlo hecho a la fecha de entrada en vigor del tratado. No se hace ninguna mención a los dos recientes tratados acordados en el marco de la OMPI, el Tratado de Beijing y el Tratado de Marrakech.

Se establece el principio del trato nacional (Artículo 20.8: Trato Nacional)<sup>27</sup>, disposición que es similar a la incluida en el artículo equivalente en el TLCAN, pero llama la atención la nota al pie, la cual

26 En inglés, United States–Mexico–Canada Agreement o USMCA, según el Gobierno de los Estados Unidos, y Canada–United States–Mexico Agreement o CUSMA, según el gobierno de Canadá. Disponible en [http://www.sice.oas.org/Trade/USMCA/USMCA\\_ToC\\_PDF\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/Trade/USMCA/USMCA_ToC_PDF_s.asp).

27 «Artículo 20.8: Trato Nacional. 1. Con respecto a todas las categorías de propiedad intelectual cubiertas por este Capítulo, cada Parte otorgará a los nacionales de otra Parte un trato no menos favorable del que les otorga a sus propios nacionales, con relación a la protección de los derechos de propiedad intelectual».

pretende dar un alcance más amplio al término «protección»<sup>28</sup> al incluir la mención a algunos nuevos objetos de protección como las medidas tecnológicas y la información sobre la gestión de los derechos, los cuales fueron incorporados como una novedad en este acuerdo.

También se destaca el artículo que expresamente establece algo que puede parecer obvio y es que solo se otorgara protección a lo que en la fecha de entrada en vigor del tratado se encuentre protegido en el territorio de una parte o cumpla con los criterios de protección establecidos en el tratado y no haya pasado al dominio público en el territorio de esa parte (artículo 20.10: Aplicación del Capítulo a Materia Existente y Actos Previos) y finalmente hay una disposición dedicada a la figura del agotamiento de los derechos de propiedad intelectual (artículo 20.11) que permite a cada parte determinar si aplica, o bajo qué condiciones aplica, el agotamiento de los derechos de propiedad intelectual, conforme a su sistema legal.

En relación con la sección H, que contiene las disposiciones referidas al derecho de autor y los derechos conexos (artículos 20.57 al 20.69), hay varios asuntos cuyo alcance se amplía y otros que son completamente novedosos en comparación con el TLCAN, pero que ya habían sido incorporados en otros acuerdos comerciales que previamente habían sido negociados por Estados Unidos con algunos países de América Latina, entre ellos Colombia<sup>29</sup>.

Entre los temas que fueron abordados con mayor detalle se encuentran los artículos referidos al contenido y el alcance de los derechos de autor y los derechos conexos (artículo 20.58: Derecho de Reproducción, artículo 20.59: Derecho de Comunicación al Público, artículo 20.60: Derecho de Distribución y artículo 20.62: Derechos Conexos), así como los asuntos relativos al plazo de protección (artículo 20.63), que consagran la obligación de conceder un mayor plazo de protección: la vida del autor y 70 años después de su muerte, tratándose de personas naturales, y 75 años para personas jurídicas calculados desde la fecha de la publicación y 70 años si no se publica dentro de los 25 años siguientes a la creación, en contraste con los 50 años establecidos como término de protección en el TLCAN y los 70 establecidos en otros acuerdos negociados por Estados Unidos con otros países de la región, como veremos más adelante. También hay dos artículos que contienen disposiciones sobre limitaciones y excepciones: el artículo 20.60.3 literales (b) y (c), en relación con los derechos conexos y el artículo 20.65, que menciona la regla de los tres pasos, así como las obligaciones contenidas en Berna, ADPIC, TODA y TOIEF.

Como novedades frente al TLCAN, se incorpora un artículo sobre definiciones que se encuentran acordes con los principales tratados sobre derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI. También se incorpora un artículo en el cual se deja claro que no hay jerarquía entre el derecho de autor y los derechos conexos (artículo 20.61) y se indica que la autorización para la

28 «Para los efectos de este párrafo, “protección” comprenderá los aspectos relativos a la disponibilidad, adquisición, alcance, mantenimiento y observancia de los derechos de propiedad intelectual, así como los aspectos relativos al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual específicamente cubiertos por este Capítulo. Además, para los efectos de este párrafo, “protección” también incluye la prohibición de eludir las medidas tecnológicas efectivas, establecidas en el Artículo 20.67 (Medidas Tecnológicas de Protección) y en las disposiciones concernientes a la información sobre la gestión de derechos establecidas en el Artículo 20.68 (Información sobre la Gestión de Derechos). Para mayor certeza, “aspectos relativos al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual específicamente cubiertos por este Capítulo” con relación a obras, interpretaciones o ejecuciones y fonogramas, incluyen cualquier forma de pago, tales como pagos por licencia, regalías, remuneración equitativa, o tarifas, con respecto de los usos que se encuentran comprendidos por el derecho de autor y los derechos conexos dentro de este Capítulo. La frase anterior se entiende sin perjuicio de la interpretación de una Parte de los «aspectos relativos al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual» de la nota al pie 3 del Acuerdo ADPIC». Nota al pie del artículo 20.8: Trato Nacional.

29 El «Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América», sus «Cartas Adjuntas» y sus «Entendimientos», suscritos en Washington D. C., el 22 de noviembre de 2006, y el «Protocolo modificatorio al Acuerdo de promoción comercial Colombia-Estados Unidos», suscrito en Washington D. C. el 28 de junio de 2007, y su «Carta adjunta», de la misma fecha, entraron en vigor el 15 de mayo de 2012. Decreto 993 del 15 de mayo de 2012. Disponible en <http://www.tlc.gov.co/TLC/media/media-TLC/Documents/Decreto-993-del-15-de-mayo-de-2012.pdf>.

utilización de la obra no excluirá la autorización requerida para la utilización de la interpretación y del fonograma; y viceversa.

El artículo 20.64: sobre la aplicación del artículo 18 del Convenio de Berna y el artículo 14.6 del Acuerdo ADPIC, se encuentra en concordancia con el artículo 20.10 de las disposiciones generales y tiene el efecto de preservar el dominio público de creaciones que no se encuentran protegidas o cuyo plazo de protección haya expirado en uno de los Estados parte del tratado. Se incorpora una disposición sobre la transferencia de los derechos mediante contrato (artículo 20.66), pero destacamos que, a diferencia de los otros TLC, este adiciona como nota al pie lo que había sido incorporado en el acuerdo de Chile relativo a la posibilidad de las partes contratantes de establecer límites razonables para proteger los intereses de los titulares originarios de los derechos, tomando en consideración los intereses legítimos de los cesionarios.

En esta sección también se consagran las obligaciones en relación con las Medidas Tecnológicas de Protección (artículo 20.67), Información sobre la Gestión de Derechos (artículo 20.68) y Gestión Colectiva (artículo 20.69)<sup>30</sup>. Este grupo de disposiciones novedosas frente al TLCAN son análogas a las incorporadas en otros TLC suscritos entre Estados Unidos con otros países de la región.

En cuanto a los asuntos relacionados con la observancia de los derechos la sección H, incorpora Obligaciones Generales (artículo 20.79), Presunciones (artículo 20.80), Prácticas de Observancia con respecto a los Derechos de Propiedad Intelectual (artículo 20.81), Procedimientos y Recursos Cíviles y Administrativos (artículo 20.82), Medidas Provisionales (artículo 20.83), Prescripciones Especiales Relacionadas con las Medidas en Frontera (artículo 20.84), Procedimientos y Sanciones Penales (artículo 20.85), Protección de Señales de Satélite y Cable encriptadas Portadoras de Programas (artículo 20.86). En relación con este último artículo vale la pena comentar que, a pesar de que el TLCAN contenía una disposición sobre esta materia, el art. 20.86 se distingue de aquella en cuanto a que es más detallado, incorporando expresamente la tecnología del cable y se ubica en la sección de observancia y no en las disposiciones sustantivas, como ocurre en el TLCAN. Finalmente, existe un artículo que hace referencia al Uso de *software* por el Gobierno (artículo 20.87). Reiteramos que disposiciones análogas también aparecen en los acuerdos suscritos entre Estados Unidos y los otros países de la región.

Terminamos esta parte mencionando el artículo sobre Proveedores de Servicios de Internet (20.88) y el artículo sobre Recursos Legales y Limitaciones de la responsabilidad (20.89), que incluye un sistema de puertos seguros en favor de ellos. Dichas disposiciones se asimilan a la DMCA, cuyo análisis reciente por parte de la Oficina de Derecho de Autor de los Estados Unidos, en el primer estudio que hace dicho Gobierno sobre la efectividad del sistema de *notice-and-takedown* desde su promulgación hace 20 años, indica la necesidad de una reforma a dicho mecanismo para recuperar los propósitos pretendidos por la mencionada norma en el año 1998<sup>31</sup>.

#### 4.2 ACUERDOS SUSCRITOS ENTRE OTROS PAÍSES LATINOAMERICANOS Y ESTADOS UNIDOS

Como ha sido mencionado, varios países de América Latina, además de México, suscribieron acuerdos de libre comercio con los Estados Unidos; en el orden de su firma y entrada en vigor fue-

30 «Artículo 20.69: Gestión Colectiva. Las Partes reconocen el importante papel de las sociedades de gestión colectiva para el derecho de autor y derechos conexos en la recolección y distribución de regalías basadas en prácticas que sean justas, eficientes, transparentes y que permitan la rendición de cuentas, que pueden incluir el mantenimiento de registros adecuados y mecanismos de presentación de informes».

31 Oficina de Derecho de Autor de los Estados Unidos de América, reporte de la sección 512 del título 17 de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos, disponible en el siguiente enlace junto con documentos de interés sobre la materia: <https://www.copyright.gov/policy/section512/#:~:text=Enacted%20in%201998%20as%20part,growth%20of%20internet%2Dbased%20services>.

ron Chile<sup>32</sup>, Centroamérica (El Salvador<sup>33</sup>, Guatemala<sup>34</sup>, Honduras<sup>35</sup>, Nicaragua<sup>36</sup> y Costa Rica<sup>37</sup>) y República Dominicana<sup>38</sup> (CAFTA), Perú<sup>39</sup>, Colombia<sup>40</sup> y Panamá<sup>41</sup>.

Aunque estos acuerdos contienen disposiciones similares, salvo algunos detalles, es posible encontrar más similitud en su estructura entre CAFTA y Panamá, por una parte, y Colombia y Perú, por la otra. En los países que conforman estos pares, también existe cercanía y similitud en su política comercial y agregaría, para los últimos, que inicialmente Colombia, Ecuador y Perú comenzaron una negociación en bloque con los Estados Unidos; sin embargo, Ecuador se retiró de la negociación y Colombia y Perú continuaron en la misma mesa, aunque al final suscribieron acuerdos separados.

A continuación, nos referiremos al contenido de los acuerdos, teniendo en cuenta las disposiciones que consideramos más importantes. En cuanto a las obligaciones de adherir o ratificar otros tratados, en los cinco acuerdos se establece dicho compromiso en relación con el Convenio de Bruselas y en cuatro aparece dicha obligación en relación con el TODA y el TOIEF. Los cinco también contienen una obligación general de que ninguna disposición de este capítulo relativa a los derechos de propiedad intelectual irá en detrimento de las obligaciones y derechos de una parte respecto de la otra, en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC o tratados multilaterales de propiedad intelectual concertados o administrados bajo los auspicios de Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). El de Chile<sup>42</sup> se distingue de los otros acuerdos por ser el único que no realiza una mención expresa a la obligación de ratificar o adherir los tratados de la OMPI del año 96 (TODA y TOIEF), obligación que sí se encuentra expresamente en CAFTA<sup>43</sup>, Perú<sup>44</sup>, Colombia<sup>45</sup> y Panamá<sup>46</sup>.

En cuanto a las disposiciones generales, en todos los acuerdos se establece la obligación del trato nacional y algunas excepciones a la aplicación de dicho principio. En el caso de Chile, se establece una excepción, que consiste en que, con respecto a usos secundarios de fonogramas por medio de comunicaciones analógicas y radiodifusión libre inalámbrica, una parte podrá limitar los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes o productores de la otra parte a los derechos que sus nacionales reciban dentro de la jurisdicción de la otra parte. Una disposición análoga se incluyó en el TLCAN, pero dicha excepción no se encuentra consagrada expresamente en CAFTA, Perú, Colombia y Panamá; asumimos que ello es en razón de la mención expresa al TOIEF y la posibilidad que este otorga con la reserva permitida en virtud del art.15.3, la cual estaría en concordancia con las obligaciones y derechos de una parte respecto de la otra en virtud los tratados multilaterales de propiedad intelectual concertados o administrados bajo los auspicios de la OMPI, que aparece expresamente en estos cuatro tratados.

32 Firma: 6/junio/2003. Entrada en vigor: 1/enero/2004.

33 Firma: 5/agosto/2004. Entrada en vigor: 1/marzo/2006.

34 Firma: 5/agosto/2004. Entrada en vigor: 1/julio/2006.

35 Firma: 5/agosto/2004. Entrada en vigor: 1/abril/2006.

36 Firma: 5/agosto/2004. Entrada en vigor: 1/abril/2006.

37 Firma: 5/agosto/2004. Entrada en vigor: 1/enero/2009.

38 Firma: 5/agosto/2004. Entrada en vigor: 1/marzo/2006.

39 Firma: 12/abril/2006. Entrada en vigor: 1/febrero/2009.

40 Firma: el 22/noviembre/2006. Entrada en vigor: 15/mayo/2012.

41 Firma: 28/junio/2007. Entrada en vigor: 31/octubre/2012.

42 Capítulo diecisiete. Derechos de propiedad intelectual. Disponible en [http://www.sice.oas.org/Trade/chiusa\\_s/Text\\_s.asp#Chap17s](http://www.sice.oas.org/Trade/chiusa_s/Text_s.asp#Chap17s).

43 Capítulo quince. Derechos de propiedad intelectual. Disponible en [http://www.sice.oas.org/Trade/CAFTA/CAFTADR/chapter13\\_22s.asp#Cap%C3%ADtulo15](http://www.sice.oas.org/Trade/CAFTA/CAFTADR/chapter13_22s.asp#Cap%C3%ADtulo15).

44 Capítulo dieciséis. Derechos de Propiedad Intelectual. Disponible en [http://www.sice.oas.org/Trade/PER\\_USA/PER\\_USA\\_s/PER\\_USA\\_text\\_s.asp#a165](http://www.sice.oas.org/Trade/PER_USA/PER_USA_s/PER_USA_text_s.asp#a165).

45 Capítulo dieciséis. Derechos de Propiedad Intelectual. Disponible en [http://www.tlc.gov.co/TLC/media/media-TLC/Documentos/Capitulo-Dieciseis\\_1.pdf](http://www.tlc.gov.co/TLC/media/media-TLC/Documentos/Capitulo-Dieciseis_1.pdf).

46 Capítulo quince. Derechos de Propiedad Intelectual. Disponible en [http://www.sice.oas.org/Trade/PAN\\_USA\\_TPA\\_Text0607\\_s/Agreement\\_Text\\_TPA\\_s.asp#c15art5](http://www.sice.oas.org/Trade/PAN_USA_TPA_Text0607_s/Agreement_Text_TPA_s.asp#c15art5).

Vale la pena destacar que en los cinco acuerdos se salvaguarda el dominio público y, por lo tanto, ninguna de las partes estará obligada a otorgar protección a materias que, en la fecha de entrada en vigor del respectivo tratado, hayan pasado al dominio público en esa parte. Esto es importante, teniendo en cuenta que en los cinco acuerdos se establece el compromiso de aumentar el término de protección, tanto para el derecho de autor como para los derechos conexos. Por lo tanto, solo se generan obligaciones sobre lo existente en la fecha de entrada en vigor de los tratados y que aún se encuentren protegidos en dicha parte, o que cumpla los criterios de protección establecidos en las disposiciones sobre derecho de autor y derechos conexos establecidos en estos acuerdos.

En cuanto a las disposiciones sustantivas, frente al derecho de autor, los acuerdos de Perú y Colombia son los únicos que al inicio de este tipo de disposiciones tienen una mención expresa a los derechos y obligaciones en virtud del Convenio de Berna. Los cinco acuerdos consagran el derecho de reproducción, incluido el almacenamiento temporal en forma electrónica, el derecho de comunicación al público, incluida la puesta a disposición en Internet, y el derecho de distribución, junto con la nota al pie del TODA que indica que las expresiones «copias» y «original y copias» sujetas al derecho de distribución se refieren exclusivamente a las copias fijadas que se pueden poner en circulación como objetos tangibles; o sea, que «copias» significa ejemplares.

Los cinco acuerdos consagran un término de protección mínimo de la vida del autor y 70 años después de su muerte para personas naturales; tratándose de personas jurídicas serían 70 años, que se calculan desde la fecha de su publicación y, a falta de tal publicación, dentro de los 50 años siguientes, entonces se calcularán desde la fecha de su creación. En el caso de Colombia y Perú después del plazo de protección existe una reivindicación de la titularidad originaria en el autor o autores de la obra<sup>47</sup>.

En cuanto a los derechos conexos, los acuerdos de Perú y Colombia son los únicos que tienen una mención expresa para afirmar los derechos y obligaciones existentes bajo el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF). En relación con los derechos en favor de los intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas se reconocen el derecho de reproducción, incluido el almacenamiento temporal en forma electrónica, y el derecho de distribución, incluida la nota al pie del TOIEF, que similarmente se consagra en los tratados para el caso del derecho de autor para definir el término «copias», mencionado previamente. Se establecen dos criterios de vinculación para que una interpretación o ejecución y fonograma se encuentre protegido: 1. la nacionalidad y 2. el lugar de publicación o fijación por primera vez de la interpretación, ejecución o fonograma. Se considerará que una interpretación o ejecución y fonograma han sido publicados por primera vez en cualquier parte cuando sean publicados dentro de 30 días siguientes, contados a partir de su publicación original.

Se establecen los derechos para las interpretaciones y ejecuciones no fijadas, así como el derecho de radiodifusión y comunicación al público, por medios alámbricos e inalámbricos, incluida la puesta a disposición en Internet, en relación con las interpretaciones fijadas en fonogramas y los fonogramas.

Independientemente de lo anterior, se deja en manos de los países miembros la aplicación del derecho de autorizar o prohibir la radiodifusión o comunicación al público de interpretaciones o ejecuciones y fonogramas a través de comunicaciones analógicas y radiodifusión libre inalámbrica (CAFTA y Panamá: radiodifusión tradicional gratuita por el aire no interactiva), así como la posibilidad de establecer limitaciones y excepciones frente a ellos. En el caso del TLC con Chile se incluyen las licencias obligatorias en relación con las comunicaciones analógicas y la radiodifusión libre inalámbrica. Cualquier limitación a este derecho con respecto a otras transmisiones no interactivas será posible siempre y cuando no se prive de la posibilidad de obtener una remuneración equitativa al intérprete o ejecutante y al productor del fonograma. Por su parte el acuerdo firmado con Perú y Colombia adiciona la reafirmación de que las limitaciones deben estar conforme a la regla de los tres pasos tratándose de derechos exclusivos.

También se afirma que el goce y ejercicio de los derechos conexos no está sometido a ninguna formalidad (Chile, CAFTA y Panamá), pero esta afirmación abarca también al derecho de autor en los

47 «La titularidad en una obra literaria o artística recaerá inicialmente sobre el autor o autores de la obra».

TLC de Perú y Colombia. En cuanto al plazo de protección, en los cinco acuerdos se estipula el mismo plazo de protección que para el derecho de autor; es decir, 70 años, que se calcularán dependiendo si se trata de una persona natural o sobre una base distinta tratándose de una persona jurídica. En los cinco acuerdos se incluyen siete definiciones sobre derechos conexos aplicables a los artículos sobre estos derechos.

En las disposiciones comunes se establece la ausencia de jerarquía entre el derecho de autor y los derechos conexos; por lo tanto, la autorización dada frente al derecho de autor no excluye la que se requiera para la utilización de un derecho conexo y viceversa. En los cinco tratados se incorporan disposiciones sobre la transferencia de los derechos patrimoniales, reiterando el principio de la libertad de disposición mediante contrato, incluido el contrato de empleo. Pero el único que indica que las partes podrán establecer límites razonables para proteger los intereses de los titulares originarios de los derechos, tomando en consideración los intereses legítimos de los cesionarios, es el TLC con Chile; una redacción similar fue empleada posteriormente en una nota al pie en el T-MEC, mencionada previamente.

En todos se establece la regla de los tres pasos tanto para el derecho de autor como para los derechos conexos; no obstante, CAFTA, Perú, Colombia y Panamá incluyen una obligación que indica que ninguna parte podrá permitir la retransmisión de señales de televisión (ya sea terrestre, por cable o por satélite) en Internet sin la autorización del titular o titulares del derecho sobre el contenido de la señal y, de haber alguna, de la señal, con lo cual se impide la posibilidad de establecer limitaciones y excepciones frente a ese tipo de utilizaciones.

También en todos se establecen disposiciones sobre la utilización de programas computacionales por parte de entidades del Gobierno; protección de las medidas tecnológicas de protección y la información sobre la gestión de derechos; aplicación del art. 18 del Convenio de Berna y el artículo 14.6 del Acuerdo sobre los ADPIC *mutatis mutandis* al derecho de autor, los derechos conexos, a las medidas tecnológicas de protección y a la información sobre la gestión de derechos.

Por otra parte, los únicos acuerdos que tienen una mención expresa a la gestión colectiva son los de Perú y Colombia, en el sentido de reconocer el importante papel que las sociedades de gestión colectiva con participación voluntaria pueden desempeñar en casos apropiados al facilitar, de forma transparente, la recolección y distribución de regalías.

Se consagra el compromiso de establecer acciones civiles (CAFTA, Perú, Colombia y Panamá: incluyen la obligación de otorgar daños compensatorios o indemnizaciones compensatorias<sup>48</sup>; el único que no tiene este alcance es Chile) y penas frente a actuaciones que afectan las señales satelitales portadoras de programas codificados y el compromiso de cada parte de permitir que cualquier persona agraviada por esas actividades, incluidas aquellas que tengan un interés en la señal codificada o en el contenido de esta, podrán ejercer una acción civil.

En las disposiciones sobre la observancia de los derechos se incluyen disposiciones aplicables a todas las áreas de la propiedad intelectual incluyendo procedimientos y recursos civiles, penales y administrativos, medidas provisionales y requerimientos especiales relacionados con las medidas en frontera. Hasta aquí podría considerarse que varios de estos aspectos fueron abordados en los ADPIC, pero definitivamente

48 Esta disposición tiene su antecedente en el artículo 45 del ADPIC, en virtud del cual los estados miembros podrán facultar a los jueces para conceder resarcimiento de perjuicios preestablecidos: «Las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar al infractor que pague al titular del derecho un resarcimiento adecuado para compensar el daño que este haya sufrido debido a una infracción de su derecho de propiedad intelectual, causada por un infractor que, sabiéndolo o teniendo motivos razonables para saberlo, haya desarrollado una actividad infractora.

Las autoridades judiciales estarán asimismo facultadas para ordenar al infractor que pague los gastos del titular del derecho, que pueden incluir los honorarios de los abogados que sean procedentes. Cuando así proceda, **los Miembros podrán facultar a las autoridades judiciales para que concedan reparación por concepto de beneficios y/o resarcimiento por perjuicios reconocidos previamente**, aun cuando el infractor, no sabiéndolo o no teniendo motivos razonables para saberlo, haya desarrollado una actividad infractora» (énfasis del autor).

te son completamente novedosas e incluso pueden considerarse *ADPIC plus* y *OMPI plus* las disposiciones que tiene que ver con la limitación de la responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet.

Aunque estas tienen como antecedente el artículo 14 del WCT y el artículo 23 del WPPT, relativos a disposiciones sobre la observancia de los derechos, así como el artículo 36.1 del Convenio de Berna, en los cuales se establece el compromiso de adoptar medidas para la aplicación de dichos tratados, lo que implica garantizar la existencia de medidas eficaces frente a las infracciones de los derechos consagrados en ellos, hay que destacar que dichos tratados no indican la manera en que debe cumplirse con esa obligación. Por lo tanto, hasta el momento ninguno de los tratados administrados por la OMPI contiene disposiciones específicas y detalladas sobre la responsabilidad de los proveedores de servicios en Internet y en los TLC negociados con Estados Unidos y la Unión Europea. Dichas disposiciones fueron inspiradas principalmente en la DMCA y en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

## 5. CONCLUSIONES

- De la negociación de los ADPIC a los tratados bilaterales de libre comercio suscritos por Estados Unidos con países de América Latina, notamos una evolución en la agenda digital en la región, dado el impulso que en dichos acuerdos se dio para la ratificación e implementación en las legislaciones nacionales de los Tratados de la OMPI de 1996.
- Algunas disposiciones de los tratados de libre comercio suscritos pueden ser consideradas *ADPIC plus* e incluso *OMPI plus*.
- Esta evolución tuvo un impacto significativo en tres aspectos primordialmente: el alcance de algunos derechos de autor y derechos conexos, la incorporación de compromisos más detallados frente a la protección de las medidas tecnológicas de protección, la información para la gestión de derechos y la observancia de los derechos.
- En cuanto a los derechos conexos, desafortunadamente no hubo avances en los estándares adoptados más recientemente por el Tratado de Beijing, el cual incorpora medidas en favor de los intérpretes de obras audiovisuales que no fueron consideradas en los acuerdos de libre comercio estudiados, en donde los estándares del TOIEF fueron tenidos en cuenta para las interpretaciones fijadas en fonogramas, pero no así para las interpretaciones fijadas en obras audiovisuales. Tampoco hubo avances en los estándares de protección de los organismos de radiodifusión que tuvieran en cuenta la amplitud de los temas que se discuten actualmente en el marco de la OMPI, a pesar de que los TLC con CAFTA, Perú, Colombia y Panamá en este aspecto incorporaron una referencia a Internet.
- Los derechos morales, impactados ampliamente por el entorno digital, no tuvieron cambios significativos en la transición de los ADPIC a los tratados de libre comercio considerados en este trabajo. Como vimos, el artículo 6 bis de Berna fue excluido de las obligaciones de ADPIC de algunos de los tratados bilaterales mencionados, por ejemplo, se excluyó expresamente en relación con México en el TLCAN y del TLC con Chile por no establecerse en este la obligación de ratificación del Convenio de Berna y del TODA. Por lo tanto, en estos acuerdos, al igual que en el ADPIC, se establece un *Berna menos* en este aspecto. En los otros acuerdos, no se encuentran disposiciones sustantivas que de manera expresa consagren obligaciones en relación con los derechos morales de autores, intérpretes y ejecutantes; sin embargo, se entienden incorporadas al establecerse la obligación de ratificar o adherir al Convenio de Berna, al TODA —por la remisión al Convenio de Berna en su primer artículo— y al TOIEF —por su artículo 5—, lo cual podría significar un avance.
- Las disposiciones sobre la protección de las medidas tecnológicas y la información para la gestión de derechos, también inspiradas en la DMCA, se pueden considerar *OMPI plus* porque, aunque los

Tratados de la OMPI ya contienen obligaciones en relación con dichas materias, ninguno de los textos recoge tantos detalles como los consagrados en algunos de los TLC estudiados. Con lo cual se reconoce la importancia de tales instrumentos para una adecuada protección y gestión del derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital.

- En cuanto a la observancia de los derechos cabe destacar la incorporación de las limitaciones de la responsabilidad a favor de los proveedores de servicios de Internet, a través de un sistema de puertos seguros en caso de que estos colaboren con los titulares de derechos. Sin embargo, este aspecto continúa evolucionando, dadas las recientes discusiones motivadas en la Unión Europea con la adopción de la nueva directiva sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y en los Estados Unidos con el reciente estudio de la Oficina de Derecho de Autor. Por lo tanto, el estándar incorporado en los acuerdos, entre estos el más reciente T-MEC, es similar al que en su momento fue adoptado a través de la DMCA, y no considera la evolución de los últimos años 20 años.
- Independientemente de la agenda digital, estos acuerdos bilaterales empujaron la adopción de términos de protección más amplios que los consagrados en los acuerdos multilaterales y regionales suscritos por los países de la región, siendo el reciente Tratado T-MEC el que consagra el término de protección más amplio, con 75 años para personas jurídicas.
- Los únicos TLC que expresamente reconocen la importancia de la gestión colectiva son los suscritos con Perú, Colombia y el reciente T-MEC.
- A pesar de que en todos los TLC estudiados se consagran disposiciones relacionadas con la transferencia de los derechos patrimoniales y atributos de la titularidad derivada, no hay una tendencia a la incorporación de obligaciones que apunten al restablecimiento del equilibrio contractual entre titulares originarios y derivados. La mayoría de los textos solo pretenden reafirmar el principio de libre disposición de los derechos patrimoniales mediante contratos. Por lo tanto, a pesar de que el TLC con Chile y el T-MEC expresan tímidamente la posibilidad de que en la legislación nacional se consagren normas que puedan establecer límites razonables para proteger los intereses de los titulares originarios de los derechos, dichas disposiciones no incorporan expresamente obligaciones como las incluidas en la reciente Directiva Europea sobre el Mercado Único Digital, por lo cual este sigue siendo un tema pendiente.
- Las disposiciones sobre el agotamiento del derecho de distribución se excluyen de la mayoría de los tratados, con excepción de los suscritos entre los países norteamericanos (Estados Unidos, Canadá y México). En el TLCAN se hace referencia a él para excluir expresamente el derecho de alquiler comercial de la posibilidad de aplicar el agotamiento del derecho y en el TL-MEC se deja en manos de cada país la determinación de consagrar o no tal figura de conformidad con su sistema legal. A pesar de que este tema estuvo ausente de regulación en los ADPIC, nos recuerda la rápida evolución de los modelos de negocios en el periodo comprendido entre el ADPIC y los tratados bilaterales de libre comercio estudiados, tiempo en el cual se pasó de los modelos de negocio basados en derechos asociados a las copias que circulan en soportes tangibles (distribución y reproducción por medios analógicos) a aquellos basados en el acceso a las obras y prestaciones protegidas sin previa distribución de ejemplares ( puesta a disposición en Internet y la reproducción por medios digitales).
- Corresponde a los países latinoamericanos reflexionar sobre la importancia del derecho de autor y los derechos conexos con una visión más estratégica, comprendiendo que el cumplimiento de las disposiciones consagradas en los acuerdos multilaterales y bilaterales de libre comercio beneficia a los nacionales de los países de la región. Solo con esa conciencia lograrán un aprovechamiento de dichas disposiciones en favor de los autores, intérpretes, ejecutantes, artistas, productores de fonogramas y audiovisuales y, en general, los titulares de dichos derechos en América Latina, favoreciéndose los niveles de bienestar en la región, cumpliéndose de esa manera uno de los propósitos de los acuerdos comerciales tanto en el ámbito multilateral como bilateral.