

El tratado de libre comercio Unión Europea-Mercosur dañará los comunes y los derechos de los usuarios

Septiembre 2017

La Unión Europea (UE) y el sub bloque regional de América Latina conformado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay (el Mercosur) han estado negociando un tratado de libre comercio (TLC) desde el año 2000. El TLC UE-Mercosur es expansivo y abarca el comercio en bienes industriales y agrícolas, cambios potenciales en las reglas aplicables a pequeñas y medianas empresas, así como a las compras públicas, y a las provisiones sobre propiedad intelectual tales como las patentes y el derecho de autor. Las negociaciones para un TLC UE-Mercosur continúan en un momento en que varios de los países afectados -incluidos Argentina, Uruguay, Paraguay e incluso la Unión Europea- se encuentran en un proceso de revisión de sus propias leyes de derecho de autor.

Las últimas negociaciones pasó en Bruselas en septiembre de 2017. La próxima ronda tendrá lugar en Brasilia en octubre y ambas partes esperan firmar el acuerdo este año.

Solo algunos capítulos de los borradores del TLC UE-Mercosur están disponibles para la revisión pública. En noviembre de 2016 la Unión Europea liberó un borrador del capítulo sobre propiedad intelectual, que es la versión más reciente disponible públicamente. Las organizaciones de la sociedad civil y el público son generalmente excluidas de participar en —o incluso observar— las reuniones de negociación.

Las negociaciones del TLC UE-Mercosur tienen lugar en un entorno donde un nivel creciente de políticas de derecho de autor están siendo creadas a través de acuerdos de comercio multilaterales. Hay varias negociaciones en marcha, incluyendo el Tratado Trans-Pacífico (TPP), la Asociación Económica Regional Amplia (RCEP), por sus siglas en inglés) y la renegociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

Cada uno de estos acuerdos incluyen cláusulas que regulan la propiedad intelectual, y las recientes rondas de negociaciones de estos pactos comerciales muestran que cuando se pone el derecho de autor sobre la mesa, hay una presión significativa para incrementar drásticamente las posibilidades que tienen los titulares de derechos de solicitar medidas de persecución y ejecución forzada de sus derechos, junto con presiones para aumentar los plazos de duración del derecho de autor y exigir sanciones más severas por infracción. Mientras que las demandas de los titulares de derechos son completamente atendidas, hay muy poca consideración por los derechos del público. Se minimizan las limitaciones y excepciones al derecho de autor o directamente no se contemplan. En el texto vemos la mano invisible (y poderosa) de la Unión Europea, que desea exportar las cláusulas más beneficiosas para los titulares de derechos (tales como plazos de protección más largos y

armonizados), pero solo quiere permitir lo mínimo posible cuando se trata de limitaciones y excepciones (admitiendo únicamente la copia temporal).

A continuación ofrecemos un análisis de aspectos particulares del capítulo de propiedad intelectual del acuerdo UE-Mercosur, en relación tanto a la operatoria de las licencias Creative Commons como a las implicancias en materia de política pública en lo que respecta al dominio público y a las limitaciones y excepciones al derecho de autor.

La extensión de los plazos de protección del derecho de autor es innecesaria e injustificada

El borrador del capítulo sobre propiedad intelectual propone extender la duración de la protección del derecho de autor para aquellos países que todavía no adhieren al plazo de +70 post-mortem. Para todos los firmantes del Convenio de Berna, la protección del derecho de autor se concede a los autores por un tiempo limitado, como un mecanismo para retribuir a los autores a cambio de que el público en algún momento del futuro gozará del derecho de reutilizar y trabajar sobre esas obras sin condiciones. Luego de que el plazo del derecho de autor expira, las obras ingresan al dominio público, y pueden ser utilizadas por cualquiera con cualquier propósito. El dominio público es la fuente de materia prima a partir de la cual la creatividad y el conocimiento se construyen. Si bien el término del derecho de autor varía levemente de país a país, se ha incrementado constantemente durante los últimos doscientos años. El capítulo sobre propiedad intelectual exige a las partes que establezcan el plazo de protección del derecho de autor en +70 post-mortem (si el país respectivo todavía no ha adherido a ese plazo). Esto aumenta el plazo unos 20 años adicionales por sobre el mínimo requerido por el acuerdo ADPIC y el Tratado de Copyright de la OMPI.

“Los derechos de un autor de una obra literaria o artística según el Artículo 2 de la Convención de Berna correrán durante toda la vida del autor y 70 años después de su muerte...”

A través de TLCs ya existentes, la Unión Europea ya ha implementado un plazo de protección de +70 post-mortem. Brasil, Paraguay y Argentina también contemplan un plazo de +70 post-mortem para la mayoría de las obras, como resultado de la legislación nacional. La disposición contenida en el TLC UE-Mercosur en la práctica encerraría a estos países en el plazo de +70 post-mortem, incluso si técnicamente el acuerdo ADPIC solo exige +50 post-mortem.

Uruguay tiene un plazo de protección de +50 post-mortem. Si el TLC UE-Mercosur es adoptado, el plazo de Uruguay se incrementaría en 20 años adicionales. Esto significa que más de 500 autores cuyas obras están en el dominio público pasarían a estar nuevamente bajo la protección del derecho de autor.

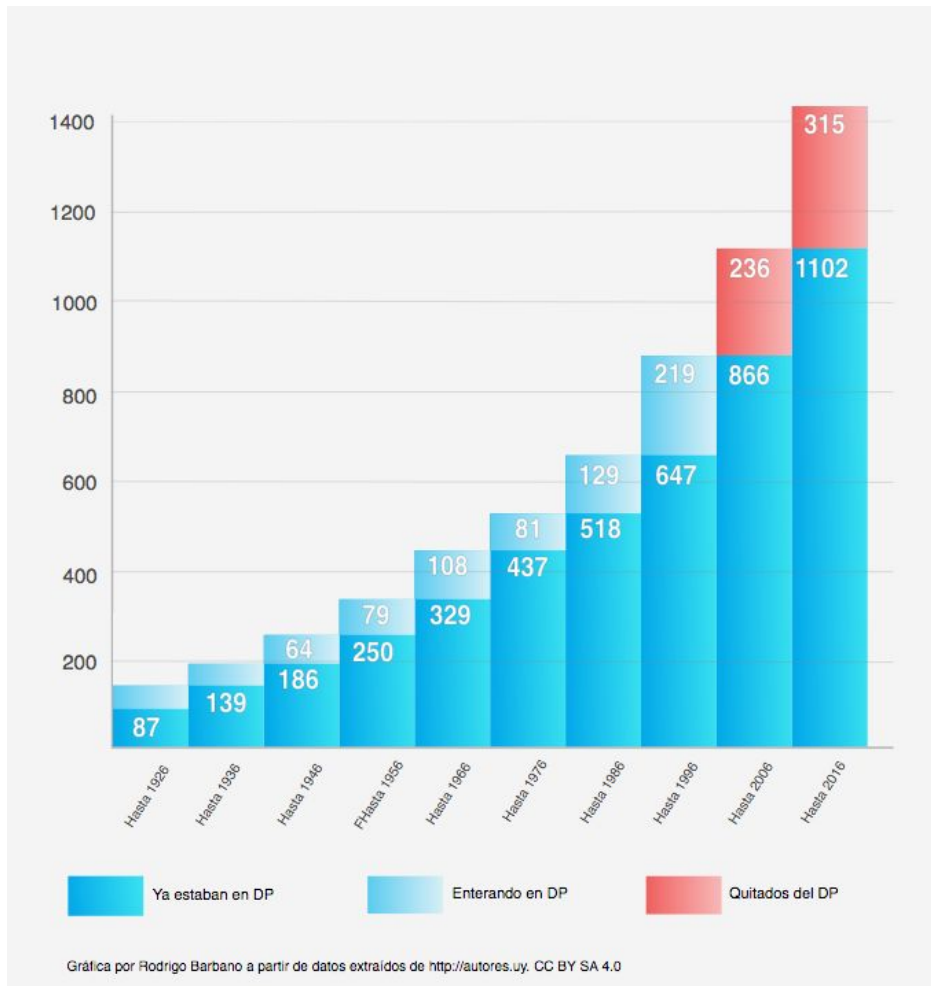


Fig 1: Gráfico elaborado por Rodrigo Barbano que muestra el número de autores en Uruguay cuyas obras están actualmente en el dominio público y que volverían al dominio privado si se extendiera el plazo. Gráfico elaborado a partir de datos de <http://autores.uy/>

Algunos de los países del Mercosur han adoptado un plazo de +70 post-mortem para la mayoría de las obras, pero no para todas. En Argentina, algunas fotografías reciben un plazo más corto de protección. En Brasil, las obras fotográficas y audiovisuales están protegidas durante 70 años post-publicación, no 70 post-mortem. Y en acuerdos similares, tales como el TLC entre la Unión Europea y los países andinos, el derecho de autor sobre obras audiovisuales dura 70 años después de que se hacen disponibles al público. Adoptar el TLC UE-Mercosur establecería un plazo de +70 post-mortem para todas las obras.

Extender aún más los plazos del derecho de autor exagera problemas relacionados, como el problema de las obras huérfanas. Las obras huérfanas son obras que aún están bajo el derecho de autor, pero cuyo titular es imposible de identificar o contactar. Aumentar la duración de la protección del derecho de autor aumentaría el número de obras que permanecen bajo derecho de autor por más tiempo. Y dado que los titulares de muchas obras viejas bajo derecho de autor no las mantienen de manera activa, aumentar los plazos podría empeorar el problema de las obras huérfanas. En cualquier caso, las repercusiones negativas que tiene para la sociedad posponer el ingreso de la creatividad humana al dominio público supera ampliamente los beneficios para los autores individuales.

Los derechos de los usuarios deben ser protegidos mediante la expansión de las limitaciones y las excepciones

La protección del derecho de autor y las medidas de protección siempre deben ser equilibradas con consideraciones de interés público; en otras palabras, el derecho de los autores siempre debe ser regulado reconociendo y defendiendo los derechos de los usuarios en el ecosistema del derecho de autor.

Sin embargo, el capítulo de propiedad intelectual tiene poco para decir en relación a las limitaciones y excepciones al derecho de autor.

“Las partes proveerán limitaciones y excepciones al derecho exclusivo solo en ciertos casos especiales que no interfieran con la explotación normal de la obra y no afecten irrazonablemente los intereses legítimos de los titulares de derechos”.

Esto es lenguaje común en los textos de los tratados existentes, tales como la prueba de los tres pasos de Berna. Sin embargo, lo que el texto del tratado UE-Mercosur no incluye son salvaguardas introducidas en los últimos acuerdos comerciales y en los acuerdos internacionales de derecho de autor, que promueven y protegen el equilibrio en el derecho de autor. Incluso con todas sus fallas, el capítulo sobre propiedad intelectual del Tratado TransPacífico (TPP) incluía el siguiente lenguaje:

“Cada parte se esforzará para obtener un equilibrio apropiado en su sistema de derecho de autor y conexos, entre otras cosas a través de excepciones y limitaciones...”

Tal como se mencionó arriba, es importante incluir cláusulas que obliguen a las partes a considerar seriamente las limitaciones y excepciones al derecho de autor junto con cualquier armonización o aumento en las medidas de protección y persecución. (Otro tipo de lenguaje modelo puede encontrarse documentado aquí).

El borrador del capítulo de propiedad intelectual propone una sola excepción al derecho de autor muy limitada, para las copias temporales e incidentales.

“Las partes proveerán que los actos de reproducción que son temporales o incidentales, que son una parte integral y esencial de los procesos tecnológicos y cuyo único propósito es permitir (a) una transmisión en una red entre terceras partes a través de un intermediario, o (b) un uso legal de una obra u otro tipo de contenido a ser creado, y que no tienen ningún significado económico independiente, sean exceptuados del derecho de reproducción”.

Este lenguaje alinearía a los países del Mercosur con una excepción similar (Art. 5.1) ya presente en la Directiva InfoSoc 2001 de la Unión Europea. Dado que esta excepción es una de las pocas excepciones obligatorias presentes en el marco del derecho de autor de

la Unión Europea, la introducción de una excepción equivalente en los países del Mercosur es deseable para la UE, así que a través de este lenguaje se requiere a sus socios comerciales adoptar una excepción de base similar (y limitada), equivalente a la europea. Mientras que es razonable exceptuar este tipo de copias del derecho de reproducción, el lenguaje es muy limitado, y solamente protegería un conjunto muy restringido de actividades, tales como la creación y ejecución necesaria de copias caché para entregar contenido web. Para que la excepción sea más útil en un escenario tecnológico rápidamente cambiante, la cláusula debería ser expandida mediante la remoción de los adjetivos “temporales” e “incidentales” para ampliar la protección más allá de las copias temporales. Este cambio en el lenguaje se alinearía con prácticas actuales, donde se hacen copias permanentes (y no temporales) de contenido protegido para actividades tales como el aprendizaje por máquinas (machine learning), la inteligencia artificial, la búsqueda por Internet, las herramientas de traducción, etc., pero que podrían estar consideradas dentro del espíritu de la excepción. Estos actos de reproducción deberían estar exceptuados.

Cabe destacar y es positivo que este lenguaje cree un deber afirmativo (“proveerán”) para asegurar una excepción obligatoria. También es beneficioso que sea una obligación proveer una excepción al derecho de autor, antes que meramente una salvaguarda de responsabilidad para los intermediarios (como se hizo en el texto del TPP).

La remuneración obligatoria frustra las intenciones de algunos usuarios de Creative Commons

El capítulo de propiedad intelectual incluye una cláusula que requeriría la remuneración obligatoria para los intérpretes y productores de obras musicales. La cláusula armoniza la situación legal de los países del Mercosur con el marco ya existente en la Unión Europea bajo la Directiva 2006/115/EC sobre derechos de alquiler y préstamo:

“Las Partes otorgarán un derecho para garantizar que una única remuneración equitativa se pague por parte del usuario a los intérpretes y productores de fonogramas, si un fonograma publicado con fines comerciales, o una reproducción de dicho fonograma, es utilizado para la emisión a través de medios inalámbricos o para cualquier comunicación al público...”

La cláusula puede ser bien intencionada en el sentido de apuntar a proveer un pago único a los intérpretes y productores de obras musicales, limitado solo a las instancias donde la grabación se publica con fines comerciales.

Sin embargo, este tipo de arreglo interferiría con la operación de algunas de las licencias Creative Commons, al requerir un pago incluso cuando la intención del autor es compartir su obra creativa con el mundo de manera gratuita. Por ejemplo, un intérprete podría elegir liberar una interpretación musical bajo una licencia Creative Commons que intencionadamente permite la reutilización comercial, como una licencia CC Atribución. Muchos autores simplemente quieren compartir su creatividad de manera gratuita bajo términos abiertos con fines promocionales, o simplemente para beneficiar al bien público y

no porque esperan una remuneración monetaria. En efecto, su elección de una licencia como la licencia CC Atribución expresamente permite el uso comercial.

El acuerdo debería permitir una excepción a esta regla para aquellos intérpretes y productores que desean compartir sus obras bajo licencias abiertas sin remuneración.

Las medidas tecnológicas de protección no deben limitar el ejercicio de los derechos de los usuarios

El capítulo de propiedad intelectual incluye prohibiciones a la elusión de medidas tecnológicas de protección para acceder a una obra:

“Las Partes otorgarán una protección legal adecuada contra la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva, que la persona interesada evada con el conocimiento o con bases razonables para saber que está persiguiendo ese objetivo...”

También incluye una cláusula que prohibiría la creación y el intercambio de tecnologías que podrían permitir a un usuario eludir las medidas tecnológicas de protección:

“Las partes otorgarán protección legal adecuada contra la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, anuncio para venta o alquiler, o posesión con fines comerciales, de dispositivos, productos o componentes o la provisión de servicios...”

Este tipo de lenguaje es reconocible en los tratados internacionales de derecho de autor existentes y en acuerdos de libre comercio. El problema es que no tiene en cuenta situaciones donde los usuarios deberían ser capaces de beneficiarse de una limitación o excepción, pero no pueden hacerlo debido a las prohibiciones sobre la elusión de las medidas tecnológicas de protección. Se debe agregar un lenguaje que proteja el ejercicio de las excepciones para cualquier propósito que esté protegido por las limitaciones y excepciones al derecho de autor. Por ejemplo, el Tratado de Beijing, en el Art. 15, FN10 (propuesto por Perú en la negociación), incluye el siguiente texto:

“Se entiende que nada en este artículo previene a una Parte Contratante de adoptar medidas efectivas y necesarias para asegurar que un beneficiario pueda disfrutar de las limitaciones y excepciones previstas en la ley nacional de la Parte Contratante...”

Las órdenes judiciales preventivas contra infracciones “inminentes” dañan la libertad de expresión y la certeza jurídica

El capítulo de propiedad intelectual introduce la idea de que una orden judicial puede ser aplicada contra los infractores y los intermediarios (lo que incluye a los proveedores de

servicios) para “prevenir cualquier infracción inminente de un derecho de propiedad intelectual” (art. 15). Esto significaría que los titulares de derechos pueden tomar acciones legales preventivas contra una infracción que aún no ha ocurrido. Esta práctica es injustificada y dañina para la libertad de expresión, tanto para el individuo acusado de la infracción como para otros usuarios de una plataforma. La cláusula no solamente viola el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también contradice los términos del Artículo XX.4 del borrador del acuerdo, que establece que un proveedor “no es responsable... si no tiene información o conocimiento real de una actividad ilegal”. Si una infracción no ha ocurrido aún, entonces no puede haber ninguna posibilidad de que los proveedores de servicios de Internet lo sepan.

Las negociaciones de los acuerdos comerciales deben ser transparentes e involucrar al público

Las negociaciones comerciales deben ser transparentes y participativas. No lo son. El secretismo demostrado en la negociación del TPP y otros tratados de libre comercio han dejado a organizaciones como Creative Commons y al público en general en una desventaja extrema, en la medida en que solo unas pocas partes interesadas privilegiadas fueron invitadas al círculo cerrado de la negociación y tuvieron sus intereses plenamente considerados. Las negociaciones entre la Unión Europea y el Mercosur deben ser llevadas a cabo a través de procedimientos que sean transparentes para el público y que incluyan a todas las partes interesadas. Un aumento en la transparencia y una participación pública significativa llevarán a mejores resultados.

Como se señaló arriba, la última versión del capítulo de propiedad intelectual que se hizo disponible data de noviembre de 2016. Las agencias responsables de negociar el tratado de libre comercio Unión Europea-Mercosur deberían lanzar públicamente el texto propuesto para la negociación antes de cada ronda de negociación, y publicar el texto bajo consideración al terminar cada ronda de negociación. Los legisladores nacionales deberían ser consultados activamente durante la negociación del acuerdo. Además, las organizaciones de la sociedad civil y los representantes del público deberían ser capaces de observar los registros de la negociación, y los negociadores deberían invitar a participar en las reuniones a las partes interesadas insuficientemente representadas. La retroalimentación y las recomendaciones de los grupos de la sociedad civil y del público deberían ser considerados seria y cuidadosamente.

Conclusión

Tanto en su sustancia como en su proceso, el tratado de libre comercio UE-Mercosur está siguiendo los desafortunados pasos de pactos comerciales negociados recientemente, como el TPP. Sus cláusulas apuntan a exportar el marco proteccionista del derecho de autor que ya existe en la Unión Europea, lo que para algunos países del Mercosur incluirá extender el plazo del derecho de autor, proveer limitaciones y excepciones extremadamente débiles, y armonizar restricciones en el intercambio. Este tratado de libre comercio dañará a los comunes y a los usuarios. Limitará la capacidad de los estados del

Mercosur de construir políticas públicas apropiadas para el ejercicio pleno de derechos fundamentales, tales como el derecho a la cultura y a la educación.

Las negociaciones del tratado de la UE-Mercosur permanecen mayormente secretas y cerradas, con poco conocimiento público sobre qué es lo que está realmente en el texto, y pocas oportunidades para el público para expresar sus preocupaciones. Las negociaciones deben ser reformadas para apoyar plenamente un proceso que sea transparente, inclusivo y con rendición de cuentas. Es una pregunta legítima si acuerdos de tan gran alcance efectivamente pueden promover el comercio y la actividad económica que es beneficiosa para la mayoría de los ciudadanos, en oposición a unos pocos titulares de derechos. Pero asumiendo que este proceso continuará, es crucial que los negociadores repiensen las cláusulas sobre derecho de autor para proteger a los usuarios y al bien público.