

Situación de las excepciones y limitaciones a los Derechos de Autor en los países del MERCOSUR desde la perspectiva del acceso al conocimiento y a la cultura

Patricia Díaz Charquero¹

Abstract - Esta ponencia tiene por objeto brindar elementos para la discusión de reformas legislativas relacionadas con delicado equilibrio entre los intereses de los autores y otros titulares de derechos en cuanto al control y la explotación de sus obras, por un lado, y el interés opuesto de la sociedad por la libre circulación de la información, la difusión del conocimiento, la educación y la libertad de expresión en el ámbito de los países del MERCOSUR.

Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) favorecen el acceso al conocimiento permitiendo poner en circulación copias digitales de cualquier material a costos cercanos a cero. Los límites que separan habitualmente a los creadores de bienes culturales de los usuarios de la cultura se han tornado cada vez más difusos. En este nuevo contexto surgen las siguientes preguntas que intentaremos responder: ¿qué ha sucedido con el tradicional equilibrio entre los derechos de los autores y titulares de derechos y los de los usuarios del material protegido?, ¿cuál es el actual estado de situación de las excepciones y limitaciones a los DA en los países del MERCOSUR?, ¿cuál sería el “mínimo esperable” en un sistema de excepciones y limitaciones para garantizar un equilibrio básico entre los DA y los derechos de la sociedad toda?

1. Antecedentes generales.

Esta ponencia tiene por objeto brindar elementos para la discusión de reformas legislativas relacionadas con el delicado equilibrio entre los intereses de los autores y otros titulares de derechos en cuanto al control y la explotación de sus obras, por un lado, y el interés opuesto de la sociedad por la libre circulación de la información, la difusión del conocimiento, la educación y la libertad de expresión en el ámbito del MERCOSUR.

El tema del acceso al conocimiento favorecido por las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) ha cobrado gran importancia en las últimas décadas. Las TIC permiten poner en circulación copias digitales de cualquier material a costos cercanos a cero, y las conexiones a Internet de banda ancha posibilitan la navegación por amplios repositorios -formales e informales- de materiales digitales.

Desde la perspectiva de los Derechos Humanos (DDHH) este es un cambio muy positivo que permitiría a amplios segmentos efectivizar el derecho a la educación y en general el derecho de acceso al conocimiento. Los estándares tecnológicos abiertos, un enfoque equilibrado de los derechos de propiedad intelectual (PI) y la expansión de una infraestructura de

¹ Abogada de Creative Commons Uruguay, Docente del Instituto de Computación Facultad de Ingeniería – UdelaR, Grupo de Sistemas de Información Semánticos (SIS), Docente en Tecnologías Digitales en el Consejo de Formación en Educación ANEP y Maestranda en Relaciones Internacionales.

telecomunicaciones abierta potencialmente permitirían a la población beneficiarse de los avances tecnológicos de la era de la información, generando una cultura viva, participativa y democrática.

Pero desde las concepciones imperantes de la PI, estos avances no se han visto con buenos ojos y se han interpretado más bien como una amenaza. En lo que refiere específicamente a las normas de Derechos de Autor y Derechos Conexos (DA²), se han redoblado los esfuerzos por reprimir las conductas de los consumidores para lograr una cultura respetuosa de los DA; generándose así una dura tensión entre las prácticas cotidianas de los usuarios de la cultura y las leyes de DA desde la perspectiva del acceso (Karaganis, 2012).

La relación entre el derechos a la educación y a la participación cultural, por un lado y el derecho a la protección de los intereses morales y materiales de los autores, consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 26 y 27), se ha transformado en un tema central de debate a nivel mundial.

1.1. Derechos de autor y Derechos Humanos

Los Tratados Internacionales sobre DA y PI que cada país ha ratificado, conjuntamente con los Tratados de DDHH y las disposiciones constitucionales, conforman el marco general que el legislador debe respetar al momento de legislar en materia de DA. Coincidimos con Busaniche (2013) cuando plantea que la literatura jurídica que analiza exhaustivamente las leyes de DA *“omite abordar la relación de esta normativa con el marco constitucional de Derechos Humanos o evaluar las consecuencias del sistema vigente de propiedad intelectual sobre los derechos de acceso y participación en la cultura.”*

Analicemos entonces las disposiciones de DDHH relacionadas con los DA y su relación con el derecho de acceso y participación en la cultura y en la ciencia:

Tanto la Declaración Universal de DDHH (art.27), como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art.15 del PIDESC), incluyen en un mismo artículo, mediante dos párrafos: 1) el derecho de toda persona a la protección de los intereses morales y materiales que le corresponda por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora; y 2) el derecho de toda persona a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

Para determinar el alcance de estos derechos, podemos recurrir a la interpretación oficial del artículo 15 del PIDESC que efectúa el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación N° 17³. En dicha Observación el Comité aclara que las legislaciones nacionales de DA *“no deberían privilegiar indebidamente los intereses privados de los autores y debería prestarse la debida consideración al interés público en el disfrute de un acceso generalizado a sus producciones... En definitiva, **la propiedad intelectual es un producto social y tiene una función social**”* (resaltado nuestro).

² En adelante, cada vez que hagamos referencia a los derechos de autor (DA), se entenderán incluidos los derechos conexos.

³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “Observaciones Generales” Fuente: N° 1 a N° 19: HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I); N° 20: E/C.12/GC/20; N° 21: E/C.12/GC/21. Disponible en la web: http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN17

Si analizamos la relación entre el derecho de autor y los derechos a la educación (artículos 13 y 14 del PIDESC) y la libertad de expresión (artículo 19 del PIDCP) encontramos la misma necesidad de equilibrio, reciprocidad y retroalimentación entre derechos (Guibault, 2003).

Finalmente, si bien la efectivización del acceso al conocimiento y a la cultura, es un tema que posee varias dimensiones y no puede abordarse únicamente desde la perspectiva del juego de equilibrios de derechos, entendemos que las leyes de DA cumplen un rol central y deberían habilitar al ejercicio potencial de todos estos derechos. Es por esto que centraremos nuestra atención en el análisis y revisión de las legislaciones nacionales y supranacionales en la materia desde una perspectiva de DDHH.

1.2. Hacia un adecuado equilibrio entre protección y acceso.

El actual marco regulatorio de DA, tanto a nivel nacional como internacional, concede a los autores y titulares de DA un **monopolio exclusivo** sobre la **enajenación** (incluye reventa de obras), **reproducción**, **distribución** (incluye préstamo, alquiler, etc), **transformación** (incluye adaptación, traducción, etc.), **comunicación pública** (incluye publicación, puesta a disposición, exhibición, interpretación, etc.) y, en general, **cualquier tipo de uso de las obras intelectuales**, sin necesidad de cumplir con ningún tipo de formalidad (art. 5 Convenio de Berna).

El primer elemento determinante para comprender las relaciones entre protección de DA y el derecho a acceder al conocimiento y la cultura es el **plazo de protección** de los DA. Los derechos patrimoniales concedidos al autor no son perpetuos ni ilimitados, cumplido el plazo de protección que establece cada legislación nacional (en países del MERCOSUR dura entre 50 y 70 años luego de la muerte del autor) las obras intelectuales ingresan al dominio público y pueden ser reproducidas o derivadas por cualquier persona. La duración excesiva de los plazos de protección opera como bloqueo injustificado de acceso a la cultura, por lo que éstos deberían ajustarse al tipo obra y modalidad de explotación⁴ de forma que se garantice la promoción y estímulo del progreso de las ciencias y de las artes. Existen varios estudios que demuestran que los actuales plazos de protección resultan excesivos (Pollock, 2009) (Marzetti, 2006). A pesar de estos estudios, como los tratados internacionales en materia de DA prevén un plazo mínimo de 50 años post mortem (salvo para pocos casos especiales), no sería posible revisar los plazos de protección y lograr flexibilidades en a favor del acceso mediante la reducción de plazos poco razonables para cierto tipo de obras (como, por ejemplo, el software y algunas producciones audiovisuales) sin violar estos tratados, por lo que la única válvula de escape del sistema son las excepciones y limitaciones.

El segundo elemento determinante para comprender las relaciones entre protección de DA y acceso, será el **sistema de "excepciones o limitaciones"** consagrado en la Convención de Berna como la posibilidad de integrar flexibilidades en cada ley nacional. Este sistema oficia como contrapeso jurídico habilitando el derecho de la sociedad toda al disfrute de los bienes culturales, y también colabora con la efectivización de los derechos a la educación y libertad de expresión. En los países del MERCOSUR, que cuentan con regulaciones de tipo europeo continental, los derechos consagrados en favor de autores y titulares, no conocen más limitaciones que las establecidas expresamente en la ley.

Podemos definir al sistema de excepciones y limitaciones⁵ como las disposiciones que permiten a cualquier persona utilizar las obras intelectuales siempre y cuando: 1) se trate de

⁴ Por ejemplo, la protección de programas de ordenador por un plazo que abarque toda la vida del programador más 50, 70 u 80 años, constituye un plazo de protección ridículo dada la rápida obsolescencia y avance de la tecnología.

casos especiales, 2) no atenten contra la normal explotación de las obras y 3) no causen un perjuicio injustificado a los intereses del autor ('regla de los tres pasos'⁶).

Algunas de las excepciones y limitaciones que encontramos en el derecho comparado⁷ se relacionan con la libertad de prensa, el derecho de cita, el uso de obras con fines de enseñanza e investigación, la adaptación de obras a formatos accesibles para discapacitados, resolver el problema de las obras huérfanas o indisponibles en el mercado nacional, las actividades de préstamo público y reproducción de obras con fines de preservación en bibliotecas y archivos, la copia privada, la utilización de obras con fines de parodia, la resignificación artística y la libertad de panorama (posibilidad de sacar fotografías de obras y fachadas en la vía pública), entre otras. En los últimos años han surgido nuevas categorías de excepciones relacionadas con las tecnologías digitales entre ellas podemos nombrar las relacionadas con la copia transitoria en archivos temporales, los hipervínculos y prácticas de deeplinking, la ingeniería inversa, el funcionamiento de las redes P2P, el streaming de contenidos, las copias necesarias para aplicar técnicas de text y data mining, entre otras.

Para comprender mejor su utilidad basta con pensar en la actividad que realiza diariamente cualquier persona en la web. Veamos algunos ejemplos: al descargar un archivo de la web estamos haciendo una *reproducción* exacta del mismo, al momento de previsualizar ese archivo en nuestro navegador hacemos otra reproducción exacta (aunque sea temporal), cuando hipervinculamos un contenido efectuamos un acto de *comunicación pública* y, cuando miramos una película online estamos generando una *reproducción* exacta de ella en tiempo real. Todas estas acciones se encuentran comprendidas en el ámbito de aplicación objetivo de los DA, aunque sean actos que cualquier internauta efectúa continuamente sin pensar siquiera en pedir autorización a un tercero. Dichas acciones deberían encontrarse comprendidas en alguna de las categorías de excepciones y limitaciones para ser consideradas como actos legales.

Estas excepciones no sólo satisfacen la concreción de obligaciones en materia de DDHH, sino que satisfacen también otros propósitos como la superación de algunas fallas del mercado y la consecución de otros intereses sociales. Según Shaver (2014), un énfasis excesivo en la protección de DA conduce a reproducir inequidades económicas y culturales, al inflar artificialmente los precios de las obras culturales y limitar los incentivos económicos para distribuir obras en poblaciones que no son atractivas para el mercado y que en la práctica no pueden ejercer sus derechos a la participación cultural. Recientes análisis ponen también en evidencia la relevancia de un robusto sistema de excepciones y limitaciones al derecho de autor para favorecer la innovación y crecimiento económico (Rogers y Szamoszegi, 2010).

Debemos recordar que, en regulaciones de fuente europeo continental como las latinoamericanas, **éstas excepciones y limitaciones son de interpretación restrictiva**, por lo que no podrán generarse nuevas excepciones por analogía o apelando a los principios generales del derecho. Se hace evidente la necesidad de revisar el sistema de limitaciones y excepciones de forma continua tomando en cuenta los avances tecnológicos y las nuevas prácticas sociales para mantener un adecuado equilibrio entre acceso y monopolio.

⁵ En este trabajo no distinguimos las excepciones de las limitaciones, pues no existe un consenso sobre la diferencia exacta entre ambos términos, variando su definición en las diferentes legislaciones internas. Sí existe consenso respecto de la definición global propuesta.

⁶ La doctrina suele denominar la *regla de los tres pasos* al test de tres niveles al que debe ser sometida una excepción o limitación. Esta regla surge de las disposiciones previstas en el Convenio de Berna (art.9.2), el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (art.10) y el Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC (art.13).

⁷ El Proyecto InfoJustice de la American University Washington College of Law ha efectuado un relevamiento a nivel mundial categorizando las excepciones y limitaciones y colocando ejemplos de redacción representativos de todos los continentes, el relevamiento se encuentra disponible online: <http://infojustice.org/wp-content/uploads/2013/08/Masterlist-11262012.pdf>

1.3. Iniciativas de reforma del DA relacionadas con las excepciones y limitaciones.

Desde comienzos de siglo hasta la actualidad han surgido diferentes debates e iniciativas de reforma en torno a la actualización del régimen de DA ante la apremiante necesidad de circulación y acceso a la cultura en el siglo XXI. Estas iniciativas se han presentado tanto en ámbitos de discusión multilateral, regional como nacional, a continuación analizaremos los antecedentes existentes en estos tres niveles.

En el **ámbito multilateral** encontramos que en octubre del año 2004 la Asamblea General de la **Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)** adoptó una propuesta de establecer una nueva *Agenda para el Desarrollo* presentada por Argentina y Brasil. A partir de esta Agenda comienzan a discutirse, por primera vez en la historia de la OMPI, nuevos tratados vinculados al acceso al conocimiento y la tecnología; el dominio público; limitaciones y excepciones; y trato especial y diferenciado para los países en desarrollo y los menos adelantados. Este nuevo conjunto de temas fundamentales constituye un cambio de enfoque por parte de la OMPI en su trabajo de establecimiento de normas y en sus actividades de investigación. Uno de los resultados de este cambio de enfoque es la aprobación del *Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras autorales para personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso (2013)*⁸. Se trata del primer tratado multilateral sobre DA centrado en la protección de los usuarios y no en la protección los intereses económicos de sus titulares. A pesar de estos avances, podemos afirmar que los logros de la *Agenda para el Desarrollo* de la OMPI han sido magros (Busaniche, 2015) y las negociaciones para la inclusión de tratados con nuevas excepciones se encuentran paralizadas, no existiendo acuerdo sobre qué limitaciones y excepciones deberían formar parte del elenco mínimo esperable en las legislaciones nacionales de los Estados parte de la OMPI.

Otro antecedente importante en la discusión sobre la revisión de los DA en el ámbito multilateral es el reciente informe de la **Relatoría de los DDHH de la ONU** sobre “*Políticas sobre los derechos de autor y el derecho a la ciencia y la cultura*”⁹ que se trató por el Consejo de DDHH en el mes de marzo de 2015. En dicho informe, la relatora Farida Shaheed observa que los regímenes internacionales de la propiedad intelectual y de los DDHH han evolucionado por caminos muy diferentes y alerta sobre la excesiva mercantilización del conocimiento y la cultura. A continuación citamos algunas de sus recomendaciones:

“Los Estados tienen la obligación positiva de establecer un sistema sólido y flexible de excepciones y limitaciones a los derechos de autor para cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos. Se debe interpretar la “regla de los tres pasos” de la legislación internacional sobre los derechos de autor de manera que fomente el establecimiento de ese sistema de excepciones y limitaciones.” (resaltado nuestro).

“Los miembros de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual deben respaldar la adopción de instrumentos internacionales sobre las excepciones y limitaciones de los derechos de autor para las bibliotecas y la educación. También debe examinarse la posibilidad de establecer una lista básica de excepciones y limitaciones mínimas necesarias que incorpore las reconocidas actualmente por la mayoría de los Estados, y/o una disposición internacional sobre el uso leal.” (resaltado nuestro).

⁸ Disponible en: http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=302979

⁹ Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/derechos culturales/Paginas/impactofintellectualproperty.aspx>

“La creatividad no es un privilegio de la élite de la sociedad o de los artistas profesionales, sino un derecho universal. La legislación y las políticas sobre los derechos de autor deben formularse teniendo en cuenta a las poblaciones que tienen necesidades especiales o pueden quedar desatendidas por el mercado.” (resaltado nuestro).

Como antecedentes en el **ámbito regional**, podemos citar la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo *“Relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información”*¹⁰. Uno de los objetivos perseguidos mediante la sanción de esta Directiva es uniformizar las excepciones y limitaciones a los DA en los países de la UE. La Directiva prevé que los países puedan incluir excepciones y limitaciones relacionadas con las copias privadas, los usos sin fines de lucro, las bibliotecas y archivos, los usos educativos, la investigación, los discapacitados, la comunicación en prensa y la parodia, entre otras. Actualmente el Parlamento Europeo vuelve a discutir una-revisión¹¹ orientada a aumentar nuevamente las excepciones y limitaciones y contemplar la posibilidad de decretar su obligatoriedad como forma de incrementar el acceso y la seguridad jurídica.

En América del Sur encontramos que los países de la Comunidad Andina (CAN) también cuentan con una normativa supranacional que intenta concretar un proceso de convergencia en torno a la regulación de los derechos de autor y conexos. La Decisión número 351 de la CAN¹² prevé una lista de excepciones y limitaciones básicas y otras opcionales. De acuerdo al análisis de Cerda (2011) la lista de excepciones no logra adecuar la normativa sobre derechos de autor a los desafíos de las nuevas tecnologías y resulta totalmente insuficiente dejando a la Comunidad Andina en deuda con bibliotecas y museos, con instituciones educativas y con las personas con discapacidades entre otros. El citado autor expresa que *“la Decisión 351 es fiel reflejo de una regulación que se esfuerza desproporcionadamente por brindar protección a los titulares de derechos autorales, prestando escasa atención al interés público envuelto en la regulación. (...) la Decisión hizo escasos avances en la armonización de las normas sobre dominio público y fue notoriamente insuficiente en cuanto al régimen de excepciones y limitaciones al derecho de autor.”*

Por su parte, el MERCOSUR, no incluye un sistema de armonización de normas relativas a la protección de los DA. En el “Protocolo de Integración Cultural”¹³, no existen disposiciones relacionadas con la armonización de DA, previendo únicamente la igualdad de trato nacional a las obras provenientes de los Estados Parte (art. 8). La Comisión de Propiedad Intelectual del MERCOSUR (integrante del Sub-Grupo de Trabajo N° 7 “Industria”) ha avanzado en la armonización de los sistemas de marcas, patentes y denominaciones de origen, sin lograr avances en materia de derechos autorales¹⁴. Si bien el proceso de integración ha permanecido estancado en los últimos años, consideramos que requiere urgente convergencia la fijación de estándares mínimos de protección, incluyendo derechos patrimoniales, plazos de protección y excepciones y limitaciones claras. Estimamos necesario la inclusión del tema de la reforma de los DA dentro de la agenda de los países del MERCOSUR, ya que en el Siglo XXI las soluciones supranacionales resultan más eficaces en el ante los avances de las tecnologías digitales y la circulación masiva de contenidos en la web.

¹⁰ Disponible en: <http://derecom.com/recursos/normativa/pdf/nautafin.pdf>

¹¹ Revisión propuesta por la legisladora Julia Reda en su Informe sobre la aplicación de la Directiva 2001/29/CE (2014).

¹² Disponible en: <http://www.apdayc.org.pe/leyes/Decision%20351.pdf>

¹³ Disponible en: http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Decisiones/ES/Dec_011_096_.PDF

¹⁴ Las actas de reuniones de la Comisión de Propiedad Intelectual del MERCOSUR se encuentran disponibles en: http://www.mercosur.int/innovaportal/v/5793/2/innova.front/documentacion_oficial_del_mercosur

En el **ámbito nacional**, encontramos que la revisión más reciente del sistema de excepciones y limitaciones en sudamérica es la chilena¹⁵. En el año 2010 Chile agregó excepciones y limitaciones relacionadas con la libertad de expresión y/o creación, los usos privados sin fines de lucro, los discapacitados, los usos con fines educacionales, las bibliotecas y archivos, los usos públicos y los usos justos o incidentales (Alvarez, 2011). Destacamos también la actuación del representante de Chile ante el Comité Permanente de Derecho de Autor de la OMPI proponiendo, aunque sin mucho éxito, la definición de un **conjunto de excepciones y limitaciones mínimas a nivel internacional**. Dicho representante, en sus argumentos, resalta que en los denominados Tratados de Internet de la OMPI¹⁶ se extienden y clarifican los DA, pero nada nuevo se prevé sobre excepciones y limitaciones.

Por su parte, Ecuador se encuentra ante una inminente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, que pasará a formar parte del Código Orgánico de la Economía Social del Conocimiento e Innovación (COESC)¹⁷. El Libro III de éste Código, en el que se regulan los DA, prevé una considerable ampliación del espectro de limitaciones y excepciones, así como la extensión de algunos plazos de acuerdo al tipo de obra protegido.

1.4. Investigaciones relacionadas con el Acceso al Conocimiento

Relevando la literatura académica que estudia las relaciones entre los DA y el Acceso al Conocimiento, encontramos algunos grupos académicos que se han especializado en estudios de “Acceso al Conocimiento” (A2K por su expresión en inglés). Entre estos grupos encontramos al Information Society Project de la Yale Law School, entre sus publicaciones destacamos la Serie “Access to Knowledge” y, especialmente, la publicación “Access to Knowledge in Brazil” (Shaver, 2008) ya que es la única relacionada con un país del MERCOSUR.

Otros núcleos de investigación especializados en la temática son: *Consumers International IP Watchlist*, ésta organización publica informes relacionados con la defensa de los derechos del consumidor en la era digital en el marco de su Programa A2K¹⁸ y los investigadores del Programa *Infojustice.org* (Program on Information Justice and Intellectual Property) de la American University Washington College of Law, éste proyecto publica, entre otros, estudios sobre mejores prácticas en materia de excepciones y limitaciones e investiga el efecto de las cláusulas legales abiertas (“fair use” por ejemplo) que permiten el acceso al conocimiento. Destacamos también las publicaciones de la Fundación Vía Libre¹⁹ (Argentina), ONG Derechos Digitales²⁰ (Chile), el Centro de Tecnología e Sociedade de la Fundación Getulio Vargas²¹ (Brasil) y la Fundación Karisma²² (Colombia), todas estas organizaciones se encuentran abocadas a la promoción y estudio de los derechos digitales y el acceso a la cultura en América del Sur.

¹⁵ Cuando hablamos de revisión del sistema de excepciones y limitaciones, no nos referimos a la inclusión aislada de alguna nueva excepción, sino a la revisión del funcionamiento de todo el sistema.

¹⁶ Se denomina “Tratados de Internet” al “Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor” y al “Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas”.

¹⁷ Disponible en: http://coesc.educacionsuperior.gob.ec/index.php/LIBRO_III:_De_la_Gesti%C3%B3n_de_los_Conocimientos

¹⁸ Los informes se encuentran disponibles en: <http://www.consumersinternational.org/our-work/digital/key-projects/access-to-knowledge/>

¹⁹ Disponible en: <http://www.vialibre.org.ar/category/publicaciones/>

²⁰ Disponible en: <https://www.derechosdigitales.org/publicaciones/>

²¹ Disponible en: <http://www.direitorio.fgv.br/cts>

²² Disponible en: <https://karisma.org.co/biblioteca/>

Las publicaciones e investigaciones que efectúa la OMPI en el marco de las conferencias, reuniones y seminarios del Comité Permanente de Derechos de Autor y Conexos (SCCR) constituyen otro insumo importante dentro de la literatura académica especializada en el tema. Entre ellas podemos destacar la documentación resultante de las reuniones en las que se ha tratado el tema de excepciones y limitaciones²³ y, específicamente, los dos relevamientos de derecho comparado que incluyen en su análisis a los países de MERCOSUR: el estudio de Crews (2014) sobre la descripción de las excepciones para bibliotecas a nivel mundial y el estudio de Monroy (2009) que describe excepciones para educación/investigación en América Latina. Aunque estos relevamientos tienen un carácter parcial porque se enfocan en el análisis de únicamente dos tipos de excepciones, por lo que no resultan suficientes para determinar el estado de situación sobre el acceso a la cultura a nivel de la región.

2 Situación en los países del MERCOSUR

A partir del relevamiento bibliográfico efectuado hemos concluido que no existen suficientes estudios que analicen las regulaciones de DA de los países del MERCOSUR describiendo los plazos de protección y las excepciones y limitaciones de forma comparativa y desde la perspectiva del acceso al conocimiento. Prueba de ello es que, luego de una búsqueda preliminar, en algunos países de la región (como Paraguay, Uruguay y Venezuela) no logramos encontrar ningún estudio reciente y completo sobre excepciones y limitaciones a nivel nacional.

Las instituciones culturales y educativas así como los ciudadanos en general, enfrentan grandes dificultades al momento de comprender el alcance e interpretación de las normas de DA. El sistema se ha tornado tan complejo que resulta muy difícil cumplir con sus preceptos. Consideramos que sería útil y necesaria la existencia de tablas con categorías predefinidas que contengan las excepciones y los usos habilitados por país para orientar los usuarios y especialmente a las instituciones educativas y culturales ante las nuevas prácticas en entornos digitales.

Efectuamos un relevamiento preliminar comparando las legislaciones vigentes en los cinco países del MERCOSUR indagando la presencia y el alcance de algunas de las excepciones más básicas y necesarias. Éste fue el resultado:

- **La copia privada-** Esta es una excepción al derecho exclusivo de reproducción, entendida como aquella copia de una obra a la que se tenga acceso de forma legal, efectuada para uso privado y sin fines de lucro. Esta excepción no se prevé en las legislaciones de Argentina, Uruguay y Paraguay. Mientras que la Ley Venezolana prevé la copia personal (una única copia para uso exclusivo y personal y efectuada por sus propios medios) y la Brasileña prevé también la copia para uso estrictamente personal de pequeños fragmentos. Ninguno de los países garantiza la legalidad de las descargas de internet (copias privadas digitales) o la comunicación de obras mediante hipervínculo (comunicación pública de obras).
- **Excepciones para actividades educativas-** Prácticamente no existen este tipo de excepciones en los países del MERCOSUR. En Argentina, Brasil y Uruguay la única excepción para usos educativos se relaciona con la ejecución o representación de obras en actos escolares, no existiendo excepciones relacionadas con el acceso a los materiales de estudio o con la ilustración de la enseñanza, transformando en actos ilegales muchas de las conductas más comunes de docentes y estudiantes y las prácticas más básicas de los Entornos Virtuales de educación a distancia. En Paraguay

²³ Disponible en: http://www.wipo.int/meetings/es/topic.jsp?group_id=233

y Venezuela encontramos excepciones muy limitadas que habilitan ciertas reproducciones y comunicaciones públicas de extractos con fines educativos, estas reproducciones no podrán ser digitales, solo se habilita la reproducción reprográfica de extractos, por lo que no serían de aplicación para las prácticas de educación a distancia.

- **Excepciones para investigación-** La situación también es preocupante en el campo de la investigación, ya que ningún país del MERCOSUR cuenta con excepciones para investigación (aunque sea sin fines de lucro) y especialmente aquellas relacionadas con las actuales prácticas de investigación basada en análisis computacional (text y data mining).
- **Excepciones para bibliotecas-** Cuando hablamos de excepciones para bibliotecas, nos referimos por ejemplo, a aquellas que implican la reproducción de obras de su catálogo con fines de: preservación, adquisición ejemplares indisponibles o en préstamo interbibliotecario, digitalización y disponibilización en terminales, préstamo digital (con restricciones digitales o DRM). Y también otras excepciones que se relacionan con el uso legal de obras huérfanas o traducción de obras con fines de investigación o educación, entre otras. Paraguay es el único país del MERCOSUR en donde encontramos una de estas excepciones, en su Ley de DA se prevé solamente la posibilidad de copias únicas limitadas a fines de preservación de ejemplares. De acuerdo con este panorama resulta evidente la imposibilidad de modernizar y adecuar el rol de las bibliotecas del MERCOSUR al Siglo XXI sin embarcarnos en reformas legales.
- **Préstamo público de obras-** Si bien el préstamo público (principalmente de libros) forma parte del elenco de excepciones para bibliotecas, hemos decidido destacar su situación ya que es una práctica generalizada en los cinco países y es una de las principales formas de acceso a la cultura. Lamentablemente el préstamo público sólo es legal en Paraguay ya que es el único país en el que se prevé como excepción, esto significa que en los otros cuatro países, existe la amenaza de demanda a las bibliotecas exigiendo el pago de una compensación o canon por libro prestado²⁴. Lo mismo sucede con el préstamo privado.

De éste análisis preliminar surge que la legislación más desactualizada, y por ende la más restrictiva, es la de Uruguay, y la que posee la mayor cantidad de excepciones en beneficio de los usuarios de la cultura es la de Paraguay. Aunque en lo referente a los plazos de protección, Uruguay mantiene el plazo mínimo de 50 años post mortem (PM), mientras que Brasil, Argentina, y Paraguay plazos llegan a 70 años PM y en Venezuela el plazo es de 60 años PM.

Por último destacamos que la mayoría de los tratados bilaterales o multilaterales (OMC plus) que se encuentran negociando los países del MERCOSUR incluyen cláusulas que implican el endurecimiento de la normativa de protección en DA. Los países del MERCOSUR no cuentan con estudios que permitan comparar los cambios, las ventajas/desventajas y el impacto sobre los pocos derechos otorgados a los usuarios de la cultura ante la firma de un tratado .

Es por estas razones que consideramos importante efectuar un relevamiento general a los efectos de determinar el estado de situación en la materia en los países del MERCOSUR. Se espera que la revisión propuesta sirva de base para el análisis y toma de decisiones frente a posibles reformulaciones de los DA tanto a nivel nacional como la inclusión de tema en la agenda regional.

²⁴ Tal como sucedió en España en el año 2014. Ver antecedentes en: <http://noalprestamodepago.org/>

3. Conclusiones y trabajos futuros.

Del presente estado del arte y relevamiento de antecedentes relacionados con la situación del equilibrio entre los DA y los derechos de acceso al conocimiento y a la cultura y el derecho a la educación, se desprende la falta de excepciones en favor de los usuarios de la cultura y también la falta de estudios específicos que, de modo exhaustivo, den cuenta de la situación actual en los países del MERCOSUR.

Por otra parte, muchos actores de la sociedad civil, representantes de gobiernos y asesores académicos han planteado la urgencia de fijar un mínimo de excepciones y limitaciones. Aunque encontramos que las negociaciones en el marco de la *Agenda para el Desarrollo* de la OMPI no han logrado generar un consenso en cuanto a fijación de un elenco de excepciones y limitaciones mínimas que sirva de guía para analizar y actualizar las legislaciones nacionales de DA o crear un marco regulatorio regional en el MERCOSUR (Hugenholtz y Okediji, 2012).

Es en este contexto en el que proponemos el desarrollo de una investigación que comprenda al menos los siguientes objetivos:

1. Identificar y describir categorías en materia de excepciones y limitaciones al régimen general de DA a partir de los modelos nacionales más relevantes detectados por la doctrina más recibida, especialmente aquellos que contemplan las nuevas formas de utilización en el entorno digital.
2. Analizar las principales excepciones y limitaciones, seleccionando aquellas que deban ser contempladas como un “mínimo esperable” a los efectos de garantizar los derechos de acceso al conocimiento y la cultura, educación y libertad de expresión en las legislaciones nacionales, tomando en cuenta el contexto de la región y las nuevas formas de utilización en el entorno digital.
3. Describir la naturaleza y el alcance de las excepciones y limitaciones vigentes en la normativa nacional de cada país integrante del MERCOSUR y analizar si se contempla el “mínimo esperable”.
4. Construir tablas comparativas entre los cinco países que incluyan: plazos de protección y la existencia (o no), el alcance nacional de las categorías de excepciones y limitaciones integrantes del “mínimo esperable” y recomendaciones de reforma.

4. Referencias bibliográficas.

Alvarez Valenzuela, Daniel (2011), “En busca de equilibrios regulatorios: Chile y las recientes reformas al Derecho de autor”. Universidad de Chile. International Centre for Trade and Sustainable Development, Documento de Política 12. Disponible en: <http://www.ictsd.org/downloads/2011/12/en-busca-de-equilibrios-regulatorios-chile-y-las-recientes-reformas-al-derecho-de-autor.pdf> recuperado el 15 de mayo de 2015.

Busaniche, Beatriz (2013), “Propiedad Intelectual y Derechos Humanos. Tensiones existentes entre la Ley 11.723 y el marco constitucional de los Derechos Culturales en Argentina”, Tesis de Posgrado (Maestría en Propiedad Intelectual - FLACSO). Disponible en:

http://www.vialibre.org.ar/wp-content/uploads/2014/07/Tesis.final_Beatriz.Busaniche.pdf recuperado el 22 de mayo de 2015.

Busaniche, Beatriz (2015), “A 20 años de la firma de los ADPIC. Un debate pendiente sobre la propiedad intelectual y el desarrollo en América Latina”. Artículo disponible en: <http://www.vialibre.org.ar/wp-content/uploads/2015/04/20años.adpic..pdf> recuperado el 22 de mayo de 2015.

Cerda Silva, Alberto (2008), “Acceso a la Cultura y Derechos de Autor. Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor”, ONG Derechos Digitales, I.S.B.N.: 978-956-319-379-4. Disponible en: <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/libro-acceso-a-la-cultura-y-derechos-de-autor.pdf> recuperado el 24 de mayo de 2015.

Cerda Silva, Alberto (2011), “Armonización de los derechos de autor en la comunidad andina: hacia un nuevo régimen común”, en Revista Ius et Praxis, Año 17, N° 2, Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v17n2/art09.pdf> recuperado el 25 de mayo de 2015.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2005) “Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a). Apartado C del Párrafo 1 de artículo 15 del Pacto. Observación General Nro. 17”. 35o. Período de sesiones. Ginebra 7 a 25 de noviembre de 2005. Disponible en:

http://portal.unesco.org/culture/es/files/30545/11432108781Comment_sp.pdf/Comment_sp.pdf recuperado el 17 de mayo de 2015.

Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos (2010), “Segundo documento analítico sobre las limitaciones y excepciones en vigor”, SCCR/20/4 - Original en inglés. Disponible en: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_20/sccr_20_4.pdf recuperado el 22 de mayo de 2015.

Crews, Kenneth (2014), “Estudio sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor en beneficio de bibliotecas y archivos”, Informe del Director Oficina Asesora de Derecho de Autor, Universidad de Columbia para la OMPI, SCCR/29/3 Original en inglés. Disponible en: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_29/sccr_29_3.pdf recuperado el 20 de mayo de 2015.

Guibault, Lucie (2003), “Naturaleza y alcance de las excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital”. UNESCO - Doctrina y opiniones, Disponible en:

http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/CLT/pdf/Copyright-eBulletin-Oct_2003_es.pdf recuperado el 13 de mayo de 2015.

Helfer, Laurence R. (2007), “Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property”, U.C. Davis Law Review, Vol. 40; Vanderbilt Public Law Research Paper No. 06-03. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=891303> recuperado el 24 de mayo de 2015.

Hugenholtz, P. B. and Okediji, Ruth (2012), “Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright”. Study supported by the Open Society Institute (OSI), Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-43; Institute for Information Law Research Paper No. 2012-37. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2017629> recuperado el 23 de mayo de 2015.

Information Society Project (Yale Law School) (2008), “Access to Knowledge and the Right to Take Part in Cultural Life”, Informe elevado al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en: <http://isp.yale.edu/sites/default/files/publications/article15.pdf> recuperado el 25 de mayo de 2015.

Karaganis, Joe (2012), “Piratería de medios en las economías emergentes”. Social Science Research Council, en colaboración con The American Assembly y la Asociación para el Progreso de las Comunicaciones (APC), ISBN 978-0-9841257-5-3. Disponible en:

<http://piracy.americanassembly.org/wp-content/uploads/2012/04/MPEE-ESP.pdf> recuperado el 20 de mayo de 2015.

Marzetti, Maximiliano (2006), “Comentarios al proyecto de extensión del plazo de protección del derecho de autor desde el AED”, Latin American and Caribbean Law and Economics Association Disponible en:

http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=maximiliano_marzetti recuperado el 20 de mayo de 2015.

Monroy Rodríguez, Juan Carlos (2009), “Estudio sobre las limitaciones o excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en beneficio de las actividades educativas y de investigación en América Latina y el Caribe.” Estudio presentado ante OMPI - SCCR/19/4. Disponible en:

http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=130303 recuperado el 18 de mayo de 2015.

Pollock, Rufus (2009), “Forever minus a day? Calculating optimal copyright term”, University of Cambridge, http://rufuspollock.org/papers/optimal_copyright_term.pdf recuperado el 20 de mayo de 2015.

Reda, Julia (2015), “PROYECTO DE INFORME sobre la aplicación de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (2014/2256(INI))”. Comisión de Asuntos Jurídicos. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-546.580+02+DOC+PDF+V0//ES&language=ES> recuperado el 16 de mayo de 2015.

Rogers, Thomas y Szamosszegi, Andrew (2010), “Fair Use in the U.S. Economy: Economic Contribution of Industries Relying on Fair Use”. Computer & Communications Industry Association

Disponible en: http://www.wired.com/images_blogs/threatlevel/2010/04/fairuseeconomy.pdf recuperado el 14 de mayo de 2015.

Shaver, Lea (2008), “Access to Knowledge in Brazil”, Information Society Project. Disponible en: <http://www.yaleisp.org/access-knowledge/books> recuperado el 12 de mayo de 2015.

Shaver, Lea (2008), “Defining and Measuring A2K: A Blueprint for an Index of Access to Knowledge”, Indiana University Robert H. McKinney School of Law, I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society 4, no. 2: 235-269. Disponible en: <http://www.yaleisp.org/access-knowledge/books> recuperado el 20 de mayo de 2015.

Sheaver, Lea (2014), “Copyright and Inequality”, Washington University Law Review, Forthcoming, Indiana University Robert H. McKinney School of Law Research Paper No. 2014-3. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2398373 recuperado el 20 de mayo de 2015.