

ACUERDO DE ASOCIACIÓN TRANSPACÍFICO (TPP)
CAPITULO DE PROPIEDAD INTELECTUAL
LIMITACIONES Y EXCEPCIONES
ONG Derechos Digitales-Chile¹

La propuesta Conocida²

Artículo QQ.G.16: Limitaciones y Excepciones

1. [US/AU: With respect to this Article [(Article 4 on copyright) and Article 5 and 6 (which deal with copyright and related rights section and the related rights section)], each Party shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work, performance, or phonogram, and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder.]

2. Subject to and consistent with paragraph (1), each Party shall seek to achieve an appropriate balance in providing limitations or exceptions, including those for the digital environment, giving due consideration to legitimate purposes such as, but no limited to, criticism, comment, news reporting, teaching, scholarship and research.^{fn. 92]}

El Contexto

- En julio 2012, alrededor de la ronda de negociaciones del TPP en San Diego, la Oficina del Comercio de los Estados Unidos (U.S Trade Representative) declaró públicamente³ que los negociadores de Estados Unidos han sugerido una “Nueva disposición, consistente con el internacionalmente reconocido Test de los Tres Pasos, el cual obligará a las partes a buscar el alcance de un balance apropiado en sus sistemas de derecho de autor estableciendo excepciones y limitaciones para propósitos de criticismo, comentarios, reportaje de noticias, enseñanza, trabajo académico e investigación”
- El test de los Tres Pasos se encuentra reconocido en la Convención de Berna en relación con el derecho exclusivo de reproducción bajo el Artículo 9(2), y para excepciones en general a derechos de autor y derechos conexos en el Artículo 10 (2) del tratado de la OMPI sobre derechos de Autor (WCT) y Artículo 16(2) del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas WPPT.
- Respecto a excepciones y limitaciones el Artículo 13 de los ADPIC (TRIPs por sus siglas en ingles) es mas restrictivo que en Berna, pero este no aplica cuando otros tratados proporcionan estándares separados para excepciones (por ejemplo, cuando los tratados de la OMPI establecen excepciones). El incumplimiento de las disposiciones de los ADPIC puede acarrear sanciones comerciales bajo la Organización Mundial del Comercio (OMC).

¹ Información de Contacto: J. Carlos Lara (juancarlos@derechosdigitales.org) & Francisco Vera (francisco@derechosdigitales.org)

² Documento filtrado como disponible a agosto 3 de 2012 en: <http://keionline.org/node/1516>.

³ USTR Introduces New Copyright Exceptions and Limitations Provision at San Diego TPP Talks”, <http://www.ustr.gov/about-us/press-office/blog/2012/july/ustr-introduces-new-copyright-exceptions-limitations-provision>

- El Test de los Tres pasos es también parte de diversos Tratados de Libre Comercio (TLCs) entre las partes negociantes del TPP. Como en el NAFTA, US-Perú, y US-Chile FTA. Algunos de ellos, sin embargo, dejan claro que no afectan las obligaciones contraídas bajo otros tratados.⁴

Las Preocupaciones

- Los sistemas abiertos o flexibles de excepciones y limitaciones (como el *Fair Use*) no son una negación a los privilegios del derecho de autor, sino que son unos mecanismos de balance traídos por la ley que permiten el uso de las obras no en ciertos casos específicos, sino en base a múltiples criterios generales, permitiendo un mayor flexibilidad.
- La doctrina del *Fair Use* ha sido definido como un elemento principal de la economía de los Estados Unidos. Varias industrias del conocimiento (tal como artes, educación, comercio electrónico y servicios legales) se basan en la doctrina del *Fair Use* en orden de funcionar y estas contribuyen al crecimiento económico empleando millones de personas tan solo en los Estados Unidos.
- Esta influencia en el crecimiento económico de los países mencionada anteriormente, sumado a las necesidades derivadas del crecimiento de la industria del conocimiento y de la comunicación digital parecen explicar la creación de nuevas reglas de *Fair Use* en Corea e Israel, y la existencia de disposiciones abiertas de excepciones y limitaciones en más países. Por ejemplo, nueve de los 21 países parte de APEC declararon tener disposiciones abiertas o flexibles de excepciones y limitaciones junto con un sistema tradicional de excepciones y limitaciones a derechos de autor y derechos conexos.⁵
- En el pasado se han presentado diversas dudas acerca del cumplimiento de la doctrina del *Fair Use* con el Test de los Tres Pasos. Estas dudas permanecen actualmente debido a la presión internacional por un Test de los Tres Pasos como un estándar objetivo para excepciones y limitaciones. Mientras parece poco probable que los Estados Unidos cambien sus disposiciones de *Fair Use*, la propuesta del TPP parece sugerir que ninguna parte negociante del tratado podrá implementar un sistema similar al de los Estados Unidos en su derecho interno. Esta situación no sólo otorga una desventaja injusta a las economías basadas en productos de propiedad intelectual que se apoyan en *Fair Use* sino que también limitan severamente el proceso democrático que puede llevar a la implementación de un sistema abierto o flexible de excepciones y limitaciones en el derecho interno de los otros países negociantes. Por ejemplo, un vendedor de productos online que se apoya en el *Fair Use* para hacer uso de imágenes o previews, puede perder pequeñas herramientas claves de marketing de encontrarse en un país que sólo acepta citas de textos.
- La decisión del 2000 de la OMC sobre la sección 110(5) de la ley de Derechos de autor de los Estados Unidos presenta una visión angosta y restringida del Test de los Tres Pasos, donde se aísla cada uno de los requisitos del test antes de decidir si una excepción cumple con los ADPIC. Sin embargo, un sinnúmero de otras excepciones de derecho de autor de la legislación interna de los miembros de la OMC no han sido impugnadas y siguen funcionando sin problemas.
- La Corte Suprema de EE.UU. ha adoptado un enfoque más abierto del Test de los Tres Pasos que tiene en cuenta el interés público y el propósito de protección de los derechos de autor, pero este enfoque está en riesgo si la propuesta del TPP es aprobada como muestra el texto actual. Esto no sólo afecta a las industrias que se basan en el *Fair Use* en los EE.UU., sino también aquellos mercados en

⁴ Un pie de página en el TLC entre Chile y EE.UU establece: que este “neither reduces nor extends the scope of applicability of the limitations and exceptions” permitidas de acuerdo a la Convención de Berna, WCT y WPPT. Una disposición similar se incluyó en el TLC entre Australia y EE.UU mencionando también los ADPIC.

⁵ Estos países son: Australia, Canadá, China, Hong Kong, Nueva Zelanda, Singapur, China Taipei, Tailandia y Estados Unidos. Fuente: APEC-IPEG Survey on Copyright Limitations & Exceptions, 2009

los que operan las industrias: ir más allá del Convenio de Berna presenta graves riesgos para excepciones legales actuales y el *Fair Use*.

- El Convenio de Berna establece varias flexibilidades en los artículos 2 (4), 2 (7), y 2.bis respecto a la posibilidad de no incluir ciertas obras bajo la ley de derechos de autor. De igual manera, proporciona algunas posibles excepciones en los artículos 10 y 10.bis, que no son objeto del test de los Tres Pasos. Otras normas relativas a diferentes derechos (artículos 11, 11.bis, el apéndice completo) también están exentas de este test. Normas nacionales que establecen excepciones de acuerdo con esas normas están en riesgo también si el TPP no permite estas flexibilidades anteriormente mencionadas.
- El lenguaje en la propuesta no es lo suficientemente claro en relación con la aplicación de los tratados de la OMPI o de otros tratados de la OMC, o incluso de otros TLCs como parámetros a seguir en relación con la aplicación de nuevas excepciones. La propuesta reduce la flexibilidad de los derechos conexos, y hace las licencias obligatorias o las normas de responsabilidad más difícil de establecer.

Propuesta de Soluciones

1. Aclarar que ninguna regla sobre las excepciones y limitaciones será interpretada alterando el ámbito de aplicabilidad de las excepciones y limitaciones permitidas en los tratados existentes, como el Convenio de Berna, el WCT y el WPPT, y el ADPIC.
2. Rechazar una interpretación estricta del Test de los Tres Pasos, y adoptar flexibilidades que permitan a las partes negociadoras del tratado adoptar excepciones y limitaciones que fomenten la educación, el comercio, el acceso de las personas con discapacidad, de investigación, y la libre expresión, de acuerdo a la realidad y necesidades de cada país.
3. Permitir sistemas abiertos de excepciones y limitaciones como el *Fair Use* o *fair dealing*, tal como existe en los EE.UU., con el fin de permitir que todos los socios comerciales tengan los mismos beneficios.