

BRIDGES NETWORK

PUENTES

Análisis e información sobre comercio y desarrollo sostenible

VOLUMEN 19, NÚMERO 8 - OCTUBRE 2018



Economía digital y datos: ¿libertad de ir y venir?

ECOSISTEMA DE INTERNET

El papel de los acuerdos comerciales en el ecosistema de Internet: un estudio del CPTPP

PROTECCIONISMO DIGITAL

Determinantes de la participación en las negociaciones sobre comercio electrónico

ARMONIZACIÓN JURÍDICA

La seguridad jurídica y la armonización de leyes sobre el comercio electrónico en la UE y el MERCOSUR



International Centre for Trade
and Sustainable Development

PUENTES

VOLUMEN 19, NÚMERO 8 - OCTUBRE 2018

PUENTES

Plataforma global para el intercambio de análisis e información sobre comercio y desarrollo sostenible en América Latina.

PUBLICADO POR:

ICTSD

Centro Internacional para el Comercio y el Desarrollo Sostenible
Ginebra, Suiza

PRESIDENTE Y DIRECTOR GENERAL
Ricardo Meléndez-Ortiz

EDITOR EN JEFE
Andrew Crosby

COORDINACIÓN
Fabrice Lehmann

EQUIPO EDITORIAL
Manuela Trindade Viana
Eugenia Dinivtzer
Bruno Varella Miranda
Julia Milla Gadret

DISEÑO GRÁFICO
Flarvet

LAYOUT
Oleg Smerdov

PUENTES agradece sus comentarios y sugerencias en puentes@ictsd.ch

Para eventuales contribuciones consulte nuestra página web <http://www.ictsd.org/bridges-news/puentes/overview>

ECOSISTEMA DE INTERNET

- 4 **El papel de los acuerdos comerciales en el ecosistema de Internet: un estudio del CPTPP**
Neha Mishra

PROTECCIONISMO DIGITAL

- 8 **Determinantes de la participación en las negociaciones sobre comercio electrónico**
Jorge Arbache, Vanessa Santos

DERECHOS DE AUTOR

- 14 **Rediseñando los derechos de autor para el comercio y la innovación inclusiva en una era de tecnologías disruptivas**
Ruth L. Okediji

ARMONIZACIÓN JURÍDICA

- 19 **La seguridad jurídica y la armonización de leyes sobre el comercio electrónico en la UE y el MERCOSUR**
Isadora Schumacher Schindwein

PROTECCIÓN DE DATOS

- 23 **¿Cómo facilitará la Ley de Protección de Datos el comercio exterior de Brasil?**
Ana Carolina Cagnoni, Marília Borges

- 27 **Publicaciones**

Ideando escapes a la brecha digital



Uno de los signos más evidentes de la llamada "era digital" es la difusión generalizada del comercio electrónico. En los modernos acuerdos comerciales, capítulos dedicados exclusivamente a esta temática atestiguan la dimensión del fenómeno. Más aún, se espera que esta tendencia se acentúe en el futuro próximo: hacia fines de la próxima década, el crecimiento y el desarrollo sostenible de los países del mundo estarán en gran parte determinados por su grado y forma de adaptación a la economía digital.

Ya desde el siglo XVIII se reconocía que, ampliando el mercado, se incrementaba la riqueza de una nación. En los tiempos actuales, el comercio electrónico parece representar la forma más acabada y eficiente de derribar barreras y abrir nuevos horizontes comerciales. Más aún, esto parece beneficiar particularmente a las pequeñas y medianas empresas que, caso contrario, no poseerían las espaldas suficientes para embarcarse en la tarea del comercio exterior.

Ahora bien, no todos los países participan de las cadenas de valor en el sector digital y no todos han logrado identificar los beneficios potenciales de los acuerdos en comercio electrónico. ¿Cuáles son las pequeñas y medianas empresas que se benefician en la práctica de esta mayor expansión del mercado? ¿Lo hacen todos los países por igual? ¿Qué aspectos deben considerarse a fin de atenuar o cuanto menos no reproducir la histórica brecha de desarrollo desigual? ¿A qué aspectos específicos deben prestar atención los países de América Latina y el Caribe? Las diferentes propuestas elaboradas por las instituciones y actores de la comunidad internacional deberán seguramente considerar estos aspectos a la hora de implementar programas que busquen reducir la brecha digital.

A fin de abrir el debate para pensar en los matices de este proceso de transformación económica y social, el octavo número de Puentes del año 2018 reúne artículos que abarcan una amplia gama de aspectos. El uso de inteligencia artificial en la elaboración y comercio de bienes y servicios indica que los derechos de autor deben ser rediseñados; el incremento en los flujos de datos transfronterizos requiere de leyes que protejan el derecho a la privacidad; los grupos de países usuarios y desarrolladores de tecnologías digitales deben ser identificados a fin de comprender los diferentes intereses en juego en la redacción de los acuerdos comerciales; la armonización de leyes entre países adquiere cada día mayor urgencia a fin de facilitar los flujos comerciales.

Queremos conocer su opinión sobre este asunto. Lo invitamos a que nos escriban un [e-mail](#) o dejen sus comentarios en el [sitio de Puentes](#). De la misma manera, abrimos este espacio para que propongan temas de discusión o artículos a nuestro Equipo Editorial.

Esperamos que disfruten la lectura,

Equipo Puentes

ECOSISTEMA DE INTERNET

El papel de los acuerdos comerciales en el ecosistema de Internet: un estudio del CPTPP.

Neha Mishra

El CPTPP es pionero en el tratamiento del comercio electrónico. Analizando las ramificaciones legales y políticas sobre la materia en los modernos acuerdos comerciales, el artículo identifica los puntos necesarios para avanzar en la elaboración de tratados con ambientes regulatorios más sólidos y eficientes.

El Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífica (CPTPP, por su sigla en inglés) es el primer acuerdo comercial que contiene un capítulo completo dedicado al comercio electrónico, incluyendo disposiciones sobre la transferencia transfronteriza de informaciones y la localización de datos. Después del CPTPP, también se incluyeron disposiciones similares en otros tratados comerciales, incluido el Acuerdo entre Estados Unidos, Canadá y México (USMCA, por su sigla en inglés), el Acuerdo de Asociación Económica entre Japón y Mongolia y los tratados de libre comercio bilaterales entre Australia y algunos Estados parte del Acuerdo de Asociación Transpacífica (TPP, por su sigla en inglés), como Perú y Singapur (respectivamente, PAFTA y SAFTA, por sus siglas en inglés). Para atender a las necesidades de una economía digital en rápida expansión, las disposiciones relacionadas con el comercio digital son cada vez más complejas y multidimensionales. Más precisamente, la necesidad de adecuar el comercio y la legislación relacionada a Internet se está haciendo evidente en diferentes áreas, como la privacidad y la protección de datos, la ciberseguridad, la protección *online* de los derechos de propiedad intelectual, el spam y la protección del consumidor *online*. Como resultado, comprender las ramificaciones legales y políticas de los capítulos sobre comercio electrónico del CPTPP es fundamental para la vinculación entre la legislación del comercio internacional y la gobernanza de Internet.

La relación entre estas dos dimensiones ha recibido muy poca atención durante las últimas dos décadas, aunque el interés por parte de la comunidad académica y política en estos temas se ha visto incrementado en los últimos años². Las comunidades que discuten las políticas sobre Internet han expresado una fuerte resistencia contra las disposiciones del comercio digital en temas como transferencia de información, privacidad, ciberseguridad, neutralidad de la red y aplicación de los derechos de propiedad intelectual *online*. Ese cuadro se explica principalmente por dos razones: i) en muchos casos, es probable que las disposiciones tengan un efecto incierto y adverso en la gobernanza de Internet y; ii) desde el punto de vista procesal, las negociaciones comerciales se llevan a cabo a puertas cerradas – algo contrario a la naturaleza abierta y plurilateral de la gobernanza de Internet ³.

Sin embargo, una valoración completa de estos problemas requiere abordar cuestiones legales más profundas con relación al CPTPP y sus posibles ramificaciones en el ecosistema de Internet, tales como las diferentes disposiciones del CPTPP sobre la gobernanza de Internet y su aplicabilidad práctica. Además, es necesario considerar si estas disposiciones logran un equilibrio adecuado entre la liberalización del comercio digital y la protección de importantes objetivos regulatorios con respecto a Internet. Estas preguntas son vitales para evaluar el papel de acuerdos comerciales como el CPTPP en el ecosistema de Internet, así como también si estos estimulan un ambiente regulatorio más sólido para el comercio digital y los flujos de datos de Internet⁴.

Las disposiciones más notables en el capítulo de comercio electrónico del CPTPP son las que exigen la libre transferencia transfronteriza de información por medios electrónicos (Artículo 14.11) y la prohibición de la localización de datos (Artículo 14.13). Desde entonces, se han introducido idénticas disposiciones en acuerdos como el PAFTA y el USMCA. Las restricciones a las transferencias de información constituyen barreras importantes al comercio – motivo por el cual esta disposición probablemente recibió un amplio apoyo

de la industria⁶. Sin embargo, tales restricciones están sujetas a amplias excepciones, ya que no se aplican al sector de servicios financieros, tampoco a la transferencia y al procesamiento de datos gubernamentales. Además, las excepciones a estas disposiciones (Artículos 14.11.3 y 14.13.3) se refieren a un "objetivo legítimo de política pública", cuya redacción vaga no ofrece una lista ilustrativa de ejemplos, ni su relación con disposiciones como el reconocimiento del "propio requisito reglamentario" de cada país (Artículos 14.11.1 y 14.13.1) o el Artículo 29.1.3 del CPTPP, que incorpora *mutatis mutandis* el Artículo XIV del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS, por su sigla en inglés). Estas excepciones serán particularmente ineficaces cuando los tribunales de comercio deban abordar temas políticamente sensibles y las partes tengan puntos de vista contradictorios con respecto a los "objetivos legítimos de política pública", interfiriendo con una Internet abierta y gratuita.

En estrecha relación con lo anterior, el CPTPP también exige que todos los miembros adopten un marco legal para la protección de la información personal (Artículo 14.8.2). Esta disposición no establece ningún estándar o punto de referencia para el marco legal, pero sí un requisito, más amplio y general, por el cual las partes deberán tener en consideración "los principios y directrices de los organismos internacionales correspondientes". La disposición también establece que estas obligaciones pueden cumplirse a través de diferentes herramientas legislativas, como "leyes sobre información personal o sobre protección de la información personal, leyes sectoriales sobre privacidad, o leyes que prevean el ejercicio de compromisos voluntarios de las empresas relacionadas con la privacidad" (nota al pie nº 6 del Artículo 14.8.2), dando paso al marco de privacidad promovido por la Cooperación Económica de Asia y el Pacífico (APEC, por su sigla en inglés), que refleja el enfoque autorregulador, y en gran medida *ad hoc*, de Estados Unidos sobre privacidad. Como era de esperar, el USMCA ha ido más allá, al especificar que el Marco de Privacidad de la APEC y la Recomendación del Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) sobre protección de la privacidad y los flujos transfronterizos de datos son ejemplos de "principios y directrices de los organismos internacionales relevantes" (Artículo 19.8.2); y que las Normas de Privacidad Transfronteriza (CBPR, por su sigla en inglés) de la APEC constituyen un "mecanismo válido para facilitar las transferencias de información transfronterizas y proteger la información personal" (Artículo 19.8.5). Sin embargo, no es cierto que se deba seguir un enfoque similar en los acuerdos comerciales venideros, dados los discutibles puntos sobre privacidad y transferencia segura de datos – particularmente en la Organización Mundial del Comercio (OMC).

La privacidad es un aspecto importante en la transferencia de información transfronteriza. Por otro lado, el Artículo 14.8 del CPTPP ofrece poca protección a los usuarios de Internet, especialmente en países donde la privacidad de los usuarios se ve con frecuencia comprometida por motivos de seguridad. Por ejemplo, un Estado signatario del CPTPP no posee muchas alternativas con respecto a no reconocer los regímenes de privacidad de otras partes, cuyas reglamentaciones pueden ser débiles, desproporcionadas y violatorias de estándares de privacidad bien reconocidos (Artículo 14.5). El amplio entendimiento del "marco legal para la protección de la información personal"⁶ crea confusión con respecto al mínimo necesario para cumplir con el Artículo 14.8 del TPP. Tampoco se aclara en el CPTPP cómo los Proveedores de Servicios de Internet (ISP, por su sigla en inglés) pueden monitorear y eliminar los materiales sujetos a derechos de autor que se almacenan o copian sin autorización (Artículo 18.82), sin violar las obligaciones de privacidad. Por ejemplo, el Artículo 18.82.7 del CPTPP requiere que los ISP provean información personal pertinente sobre el presunto infractor al titular de los derechos de autor. Si se considerara una disposición similar en el contexto de un acuerdo comercial con una participación más amplia, el marco de privacidad de muchos países probablemente entraría en conflicto con lo propuesto en el CPTPP – como sería el caso con la regulación de la Unión Europea (UE) y Corea del Sur. Otro aspecto limitante del CPTPP es el predominio de las disposiciones sobre la seguridad cibernética, la protección del consumidor en línea y el correo no solicitado, sin reconocer la naturaleza altamente interconectada de estos problemas en un entorno digital. Por lo tanto, a pesar de la importancia de introducir una disposición relacionada con la privacidad en el capítulo de comercio electrónico, es probable que la formulación

actual del CPTPP sea deficiente en garantizar la privacidad y generar más confianza en el entorno del comercio digital. En futuros acuerdos comerciales, los negociadores deberán considerar formas alternativas para abordar de manera más efectiva estos problemas – en particular, equilibrar la libre transferencia de información con disposiciones más sólidas sobre privacidad, protección del consumidor en línea y ciberseguridad⁷.

Entre otros aspectos relacionados con la política de Internet, el CPTPP prohíbe a sus miembros exigir a los proveedores de servicios extranjeros el acceso a secretos comerciales – por ejemplo, la condicionalidad del acceso a mercados en su territorio a la divulgación del código fuente (Artículo 14.17.1 del TPP) o la prohibición de la criptografía de claves (Sección A.3 del Anexo 8B del TPP). Las excepciones incluyen el código fuente que debe presentarse para solicitudes de patentes o disputas (Artículo 14.7.4), los "contratos negociados comercialmente" que requieren la provisión del código fuente (Artículo 14.7.3) o la modificación del código fuente para cumplir con las leyes nacionales de un país, y que de alguna otra forma es compatible con el CPTPP (Artículo 14.7.3). Es probable que una disposición de este tipo sea efectiva para evitar que los países soliciten el código fuente y lo usen para invadir la privacidad del usuario o robar la propiedad intelectual de una empresa extranjera – lo que a menudo se sospecha es el caso en países como China. Aun así, restan dos preocupaciones. En primer lugar, esta disposición no se aplica al "software utilizado en infraestructura crítica", que cubre una gama de sectores y puede anular el efecto de la disposición. En segundo lugar, no tiene en cuenta que los problemas de seguridad de Internet pueden ser una preocupación real cuando se desarrolla un producto digital dentro en un país signatario del CPTPP con niveles poco exigentes de ciberseguridad. Esta debilidad adquiere destaque porque el CPTPP sólo tiene una disposición exhortatoria para lograr la cooperación en temas de ciberseguridad (Artículo 14.16 del TPP). El reciente USMCA amplía la prohibición de la divulgación involuntaria tanto del código fuente como de los algoritmos (Artículo 19.16.1) – lo que genera aun más inquietudes con respecto a la investigación de algoritmos discriminatorios o sesgados.

Otro punto importante es la disposición no vinculante relacionada con la neutralidad de la red, que figura en el Artículo 14.10 del CPTPP⁸. Éste deja muchas preguntas sin responder: por ejemplo, no crea ningún recurso legal vinculante si un ISP o proveedor de telecomunicaciones bloquea o limita cierto contenido, por motivos comerciales o de otro tipo. El concepto de "administración razonable de la red" no está definido en el Artículo 14.10 y, por lo tanto, está sujeto a múltiples interpretaciones por las diferentes partes. En ese sentido, esta disposición es en gran medida ineficaz para promover cualquier interés relacionado con el mantenimiento de una Internet libre y abierta.

A pesar de estas deficiencias, el CPTPP constituye un audaz primer paso y sigue siendo un importante acuerdo para que los profesionales del comercio profundicen los vínculos entre la política comercial y la gobernanza de Internet. Abordar estas deficiencias en futuros acuerdos ayudará a construir mayor equilibrio, previsibilidad y coherencia en este frente de regulación.

Del análisis de las disposiciones sobre el comercio digital en el CPTPP, surgen principalmente tres factores críticos: i) las reglas sobre el comercio digital deberían estar directamente relacionadas con la liberalización del comercio; ii) estas reglas deben preservar las oportunidades de innovación para las empresas de tecnología y los usuarios de Internet en general y; iii) estas reglas deben estar orientadas hacia la construcción de una mayor confianza por parte de los usuarios de Internet.

En términos generales, sin embargo, el CPTPP no parece adaptarse completamente al ecosistema digital. Por ejemplo, una mala interpretación de algunas de las disposiciones anteriormente mencionadas conducirá a resultados desafiantes para lograr los objetivos de las políticas vinculadas a Internet, como la promoción de la confianza del usuario y la innovación digital. Si bien es difícil alinear los objetivos del derecho comercial internacional con aquellos de la gobernanza de Internet, también es imprudente abordar los diferentes aspectos de estos problemas de forma aislada. En las futuras negociaciones sobre temas relacionados al comercio electrónico, es probable que estos dilemas de política surjan una

y otra vez. Al abordar estos problemas, no sólo necesitamos disposiciones equilibradas en los acuerdos comerciales, sino también una implementación de buena fe de dichas disposiciones, junto con una mayor interrelación entre el comercio y otras comunidades políticas que se ocupan de cuestiones delicadas y complejas de la política y la gobernanza de Internet.

- ❶ Este artículo es parte de la investigación de Doctorado y del artículo de la autora: Mishra, Neha. The Role of the Trans-Pacific Partnership Agreement in the Internet Ecosystem: Uneasy Liaison or Synergistic Alliance?. En: *Journal of International Economic Law*, Vol. 20, No. 1, Mar. 2017, pp. 31-60.
- ❷ Véase, por ejemplo: Aaronson, Susan. Why Trade Agreements are not Setting Information Free: The Lost History and Reinvigorated Debate over Cross-Border Data Flows, Human Rights and National Security. En: *World Trade Review*, Vol. 14, No. 1, Oct. 2015, pp. 671-700. Véase: Burri, Mira. The World Trade Organization as an Actor in Global Internet Governance. En: Drake, William J.; Burri, Mira (eds.). *The Institutions of Global Internet Governance*. Cambridge: Cambridge University, en prensa. Véase también: Belli, Luca; Marcel, Marilia. The Quiet Rapprochement of Internet Governance and Trade Policy. En: *Diplo*, 14 de Octubre de 2016. Disponible en: <<https://bit.ly/2R09YQQ>>.
- ❸ Véase: <<https://bit.ly/2EA76sC>>, <<https://bit.ly/1kPjgvX>> y <<https://bit.ly/2CYiixA>>.
- ❹ Véase: Burri, Mira. The Regulation of Data Flows through Trade Agreements. En: *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 48, No. 1, 2017. Véase también: Wu, Mark. Digital Trade-Related Provisions in Regional Trade Agreements: Existing Models and Lessons for the Multilateral Trade System. Ginebra: IADB, ICTSD y RTA Exchange, Nov. 2017.
- ❺ Véase: <<https://bit.ly/2S2xJcf>>.
- ❻ Como se indica en la nota al pie n° 6 del Artículo 14.8.2.
- ❼ Véase: Mitchell, Andrew; Mishra, Neha. Data at the Docks: Modernizing International Trade Law for the Digital Economy. En: *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, Vol. 20, No. 4, 2018, pp. 1073-1129.
- ❽ Véase también el Artículo 13.23.1, en el contexto de la "libertad de elección" en los servicios públicos de telecomunicaciones.



Neha Mishra

Estudiante de doctorado, Escuela de Derecho de la Universidad de Melbourne.

PROTECCIONISMO DIGITAL

Determinantes de la participación en las negociaciones sobre comercio electrónico

Jorge Arbache, Vanessa Santos

La era del comercio electrónico ha llegado y, a fin de evitar una tendencia hacia el "proteccionismo digital", los acuerdos comerciales deben actualizarse. Para diseñar disposiciones justas, es clave identificar dos grandes grupos de países: los "desarrolladores" y los "usuarios" de tecnologías digitales.

El comercio electrónico ha crecido rápidamente en todo el mundo. De acuerdo con la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD, por su sigla en inglés), las ventas globales por internet de bienes y servicios alcanzaron US\$ 25,7 billones en el año 2016. De ese valor, el 90% fueron transacciones entre empresas (*business-to-business*, o B2B). Como consecuencia, las disposiciones sobre comercio electrónico y digital crecieron sustancialmente en el ámbito de los acuerdos regionales de comercio, con el objetivo de remover y evitar barreras al libre flujo de datos y contener el surgimiento del llamado "proteccionismo digital" (o sea, los intereses nacionales asociados a esta agenda), que se encuentra motivado por demandas específicas de las empresas que dominan la arena digital en sus países y globalmente.

En el ámbito bilateral y regional, diversas negociaciones de acuerdos comerciales ya contemplan capítulos sobre comercio electrónico. A diferencia de lo que ocurría hace unos cinco años, este tema ha dejado de ser una novedad en estos acuerdos y no sólo es propuesto por países de renta elevada, sino también por países en desarrollo. Cuando se consideran únicamente los acuerdos recientemente notificados a la Organización Mundial del Comercio (OMC), lo que se observa es que la vasta mayoría de los acuerdos ya contemplan temas de comercio electrónico y que esta tendencia se acentuará aún más en los años venideros. Sin embargo, también se observa que el nivel de compromiso sobre el comercio electrónico en estos acuerdos guarda una relación bastante cercana con la estrategia trazada por los países para conquistar espacio en la arena digital.

Muchos negocian, pero pocos saben a dónde quieren llegar

Las negociaciones internacionales vinculadas al comercio electrónico poseen una clara división de intereses con respecto a la posición de los países en el mapa económico digital. Notoriamente, aquellos países que poseen empresas líderes en el desarrollo, administración y distribución de tecnologías digitales – llamados desarrolladores de tecnologías digitales (DDT, por su sigla en inglés) – se destacan por su compromiso e incentivo en pos de acuerdos que contemplan cláusulas fuertes en el comercio electrónico. Son países que tienen intereses en diversos sectores y nichos, con cadenas de valor en el sector digital ya establecidas y con intereses ya definidos sobre los beneficios potenciales de los acuerdos en comercio electrónico. Estas cláusulas tienen una relación mucho más directa con el flujo de datos transfronterizo y con el comercio de servicios que con el comercio de bienes. Es decir, los capítulos que predominan en los acuerdos firmados por este grupo de países, buscan consolidar un ambiente lo más libre posible de barreras regulatorias al flujo de datos, cuestión vital para el actual modelo de negocios de las empresas súper-hegemónicas estadounidenses de tecnología digital.

En general, los DDT poseen marcos regulatorios consolidados en cuestiones de desarrollo digital y buscan firmarse como referentes para los demás países en términos regulatorios y de estándares técnicos. Estas empresas buscan maximizar los beneficios derivados de la gestión de plataformas y de las tecnologías digitales a través de la diseminación del acceso y el uso de sus servicios, con rendimientos crecientes a escala provenientes del uso de sus tecnologías y del "efecto red" y "efecto plataforma". No es por otro motivo que estos países tienen intereses fuertemente ofensivos en el comercio digital.

A diferencia de los anteriores, los países que llamamos usuarios de tecnologías digitales (UDT, por su sigla en inglés) poseen empresas que son mayoritariamente usuarias y no desarrolladoras, gestoras y distribuidoras de *commodities* digitales. En consecuencia, estos países establecen un compromiso más modesto en los acuerdos internacionales y poseen posiciones esencialmente reactivas.

Los países UDT podrían obtener beneficios de los acuerdos, ya que el acceso a las tecnologías digitales (la "nube", la inteligencia artificial, *big data*, los análisis de datos, los sensores, los robots, las impresoras 3D, entre otras) posibilitan mejoras de eficiencia, rendimiento, productividad y competitividad a corto plazo. Estas tecnologías también pueden beneficiar a los consumidores, que tendrán a disposición una mayor gama de servicios.

Sin embargo, hay que evaluar los beneficios que los países UDT podrían obtener gracias a la adopción masiva de tecnologías digitales asociadas a la "comoditización digital". Este proceso significaría que, aunque las empresas podrían obtener los denominados beneficios de primer orden, estos tenderían a disminuir y, eventualmente, a converger a cero cuando estas tecnologías sean adoptadas por otras empresas.

Los beneficios asociados al desarrollo, gestión y distribución de tecnologías – los denominados "beneficios de segundo orden" – son usufructuados por pocas empresas y sus cadenas de producción. Debido al "efecto red" y el "efecto plataforma", los acuerdos internacionales que liberalizan el comercio electrónico crean enormes oportunidades de crecimiento y ganancias para las empresas de los países DDT. La confrontación entre los beneficios de primer y segundo orden está en el centro del debate sobre la asociación entre economía digital y desarrollo sostenible, y sobre la creciente concentración de mercados en la economía digital.

Comparemos tres casos de alto compromiso en acuerdos y, por lo tanto, de países que son o buscan el status DDT: Estados Unidos, los países desarrollados signatarios del Acuerdo Amplio y Progresivo para la Asociación Transpacífica (CPTPP, por su sigla en inglés) y los países de la Unión Europea (UE). A pesar de las diferencias entre ellos, los tres grupos de países tienen intereses ofensivos en el área de comercio electrónico. Buscan posicionarse como protagonistas de la era digital estableciendo, entre otras, reglas que limiten el espacio para el desarrollo de regulaciones domésticas discriminatorias y proteccionistas, o que incluso gestionen la seguridad en el ambiente de negocios online.

Consideremos el caso de Estados Unidos. No hay duda de que el país actualmente ejerce el liderazgo digital, siendo poseedor de las principales empresas de tecnología y sede de las principales plataformas B2B, B2C (*business-to-consumers*) y C2C (*consumer-to-consumer*), como también es poseedor de las mayores y más influyentes empresas de economía digital, incluyendo las plataformas de comercio electrónico. Sus big techs y sus plataformas capturan cada vez más valor a partir de la inmensa capacidad de acceso a datos, lo que las colocan en una posición incomparable para desarrollar y proporcionar soluciones a las demandas de nuevos servicios y aplicaciones. El país busca contener lo que el propio gobierno estadounidense clasifica como "proteccionismo digital" (el levantamiento de barreras al libre flujo de datos entre fronteras) – vital para el modelo de negocios de las *big techs*.

La arena elegida para ello es la Organización Mundial del Comercio (OMC) que, a pesar de las críticas planteadas por Estados Unidos con relación al multilateralismo, recibe fuertes presiones de este país para iniciar discusiones en formato de texto negociador y busca mandato negociador en la Conferencia Ministerial del órgano del año 2019. Al mismo tiempo, el país ya ha logrado incluir algunos de estos aspectos en el acuerdo preliminar firmado con México que forma parte del nuevo acuerdo Estados Unidos-México-Canadá (USMCA, por su sigla en inglés). A pesar de que ha sido poco divulgado, el capítulo de comercio digital revela mucho de lo que Estados Unidos demandará en la negociación plurilateral en Ginebra, demostrando que el comercio digital sigue siendo esencial para la economía del país.

Tabla 1. Motivaciones para la participación de los países en las negociaciones sobre comercio digital

Tipo de participación en las negociaciones	Características distintivas	Objetivos de las negociaciones	Países/Empresas Representativas
<p>Alto: tienen intereses ofensivos en el comercio digital. Buscan posicionarse como protagonistas de la era digital por medio de la convergencia regulatoria y la promoción de la liberalización de los mercados digitales. Se posicionan contrarios a las reglas y regulaciones domésticas que salvaguardan intereses nacionales y que promueven seguridad al ambiente de negocios online. Se posicionan como rule-makers en los capítulos de economía digital.</p>	<p>Digital forerunner: países-sede de las empresas de tecnología más valiosas del mundo. Son motores de la transformación digital, innovación, crecimiento y creación de nuevos servicios. Abogan por una Internet libre y abierta, rechazan cualquier forma de "proteccionismo digital" para garantizar el status quo y el liderazgo de sus empresas en la provisión de servicios digitales. La libertad en los flujos de datos es vital para los modelos de negocios de sus empresas. Focalizan en B2B y otras formas de business services. Participan activamente en el movimiento de concentración en diversos mercados de servicios digitales. Buscan promover la inserción de PYMES en el e-commerce.</p>	<p>Participar activamente en la OMC, presionando para que la organización inicie discusiones enfocadas hacia un posible acuerdo. Oponerse a cualquier barrera al comercio digital impuesta por China. Defender reglas ultra liberales como la no imposición de transmisión electrónica, el libre flujo de datos transfronterizos, la no discriminación en el tratamiento de productos digitales, la libertad de ubicación de servidores y la convergencia regulatoria.</p>	<p>Estados Unidos / Amazon, Google, Uber, AirBnB, Facebook, Apple, Microsoft, PayPal y Ebay</p>
	<p>Regulation-driven: grado razonable de desarrollo de la economía digital y del comercio electrónico, pero con relativamente pocas plataformas a nivel mundial. Se registran avances en la promoción de la economía digital y en la regulación sobre cuestiones cruciales como protección de datos, flujo de datos y seguridad en las transacciones digitales. Los países ya disponen de una fuerte regulación en el comercio electrónico.</p>	<p>Promover la confianza y la seguridad online, con reglas sobre contratos y autenticación electrónica, protección al consumidor, regulación antispam, no requerimiento de autorización previa y moratoria en transmisiones electrónicas. Se trata de garantizar mercados a través de acuerdos respaldados en regulaciones domésticas y avanzar en regulaciones que promuevan el IoT y la industria 4.0. En la OMC, discordan con el enfoque estadounidense de buscar provisiones en el flujo de datos y prefieren avanzar en temas de regulación.</p>	<p>Reino Unido y países de la Unión Europea, como Francia, Alemania y Estonia / Siemens, Bosch, SAP, Tesco, Otto y Casino, Schwarz Group</p>
	<p>Digital leadership seekers: países relativamente ricos, pero con una modesta contribución a la economía digital y al comercio electrónico. Tienen alguna presencia en aplicaciones de usos específicos, pero poco o ningún protagonismo en plataformas. Se ven amenazados por la preponderancia global de las big techs y buscan utilizar acuerdos para posicionarse. Muchos se benefician de formar parte de espacios económicos integrados. Buscan desarrollar condiciones para ser jugadores y no sólo usuarios de tecnologías digitales.</p>	<p>Avanzar en asuntos de frontera en las negociaciones, ocupando espacios antes liderados por Estados Unidos. Utilizar disciplinas avanzadas en comercio electrónico. Buscar beneficiar a las empresas que ya tienen presencia internacional en TIC y explorar la apertura de nuevos mercados. Defender la moratoria sobre transmisión electrónica, no ubicación de servidores, libre flujo de datos, autenticación y firma electrónica, y protección de datos personales y del consumidor.</p>	<p>Singapur, Australia, Canadá, Japón, Corea del Sur, Nueva Zelandia, España, Portugal e Italia / Rakuten, Qoo10, Lazada y Ozbargain.</p>
<p>Medio: tienen intereses en promover la difusión y el acceso a tecnologías digitales estandarizadas y de uso general al menor costo y están abiertos a las negociaciones de comercio digital. Tienen dificultades para mapear intereses ofensivos y defensivos. Normalmente son rule-takers.</p>	<p>Digital desde el exterior: tienen estrategias y objetivos claros sobre la agenda de la economía digital. Tienen sistemas avanzados de comercio electrónico para competir a escala global. Son desarrolladores, distribuidores y gestores de grandes plataformas globales de comercio electrónico. Mantienen el mercado doméstico prácticamente cerrado, lo que restringe el flujo de datos y las inversiones en servicios de nube, cross border, entre otros.</p>	<p>Promover y facilitar el comercio transfronterizo de bienes, así como el de servicios que apoyan el comercio de bienes, como logística y pagos. Mejorar la transparencia en las medidas relacionadas con el comercio transfronterizo. Atención a firmas y contratos electrónicos. Reservas en cuanto a la discusión sobre acceso a mercados en la OMC. Consolidarse como líderes en comercio electrónico.</p>	<p>China / Alibaba, JD, Tencent, Baidu, Didi, Huawei.</p>
	<p>Opportunity seekers: poseen infraestructura digital básica que posibilita ganancias en el comercio electrónico. Ya adoptan nuevas regulaciones en temas vinculados al comercio electrónico. Ya tienen fuerte presencia de jugadores internacionales de comercio electrónico en sus mercados. Son países de renta media con mercados pequeños (cuando se comparan a países como India, China y Brasil), pero que se benefician de redes de acuerdos de comercio para su posicionamiento global. Tienen economías relativamente más abiertas que la media de los países de su región.</p>	<p>Buscar ganancias con hubs regionales de comercio e inversiones provenientes de economías avanzadas. Acordar con provisiones de comercio electrónico por presión de las economías avanzadas con las que se negocian. Buscar enfocarse en la mejora del ambiente regulatorio y en la adopción de mejores prácticas internacionales para capitalizarse globalmente como "data-friendly countries". Adoptar un enfoque más audaz entre los países emergentes en general. Adoptar la posición ya aceptada en acuerdos como el CPTPP, que se replica a su vez en otros acuerdos.</p>	<p>Chile, Colombia, Costa Rica, Malasia, Vietnam, Indonesia / Lazada.</p>

Tipo de participación en las negociaciones	Características distintivas	Objetivos de las negociaciones	Países/Empresas Representativas
	<p>Strategy seekers: poseen mercados grandes (clase media con un cierto poder adquisitivo y avidez por compras online) e infraestructura de TIC suficiente para sostener la expansión del comercio digital. Tienen plataformas locales o domésticas de comercio electrónico que se benefician de la limitada penetración de plataformas globales debido al problemático ambiente de negocios. Buscan ser usuarios más calificados de la economía digital y ampliar el acceso a éste.</p>	<p>Ampliar el acceso a los mercados de comercio electrónico, el reconocimiento de aspectos del desarrollo económico en la agenda de comercio electrónico y la difusión e inclusión tecnológica. Atender temas de fiscalidad y desviación del comercio, así como la creación y el mantenimiento de empleos en el comercio doméstico. Atender aspectos de competencia y concentración de mercados.</p>	<p>Argentina, Brasil, México / Mercado Libre, B2W, Magazine Luiza, Grupo Dafiti y Via Varejo.</p>
<p>Bajo: participan de forma reactiva o cautelosa en las negociaciones multilaterales y tienen pocos acuerdos comerciales con provisiones en esta disciplina.</p>	<p>Enabling agenda advocates: buscan apoyo para la ampliación de la infraestructura básica de acceso y uso de la economía digital, que incluyen carreteras y sistemas de entrega mínimamente confiables, energía eléctrica, redes de banda ancha y acceso a sistemas de pago (agenda de "enabling environment"). Buscan ampliar el acceso al B2C y la entrada en mercados extranjeros.</p>	<p>Garantizar que el avance de las reglas sobre comercio electrónico no restrinja el espacio para políticas industriales digitales y reduzca la posibilidad de catching up. Se oponen en la OMC a la creación de nuevas disciplinas en las negociaciones. Se contraponen a las propuestas en la OMC que puedan tener un sesgo de liberalización. Buscan financiamiento y fondos no reembolsables para infraestructura básica de acceso a Internet y a comercio electrónico, difusión tecnológica, entrenamiento profesional e inclusión tecnológica. Tienen baja participación en negociaciones bilaterales de comercio electrónico.</p>	<p>Grupo Africano / Jumia, Takealot, Kilimal, Konga, Bidorbuy y M-pesa.</p>
	<p>Domestically focused: tienen gran potencial en su mercado doméstico, infraestructura de TIC suficiente para sostener la expansión del comercio electrónico en el país y ventaja comparativa en nichos tecnológicos. Alta penetración y uso de Internet. Tienen segmentos de comercio electrónico en rápido crecimiento. Tienen nichos tecnológicos que pueden acelerar el país en la transformación digital. Son cautelosos en la apertura de mercados. Empresas nacionales son líderes del comercio electrónico en el propio país y mide el leapfrogging. Interés de los jugadores extranjeros en tener al país como modelo para actuación en economías emergentes. Han avanzado en la regulación del mercado doméstico y en la restricción de la penetración de plataformas extranjeras en el país.</p>	<p>Frenar la negociación de reglas multilaterales en comercio electrónico que dificulten el desarrollo del mercado local. Sostienen que los compromisos en comercio electrónico reducirían el espacio para promover y apoyar la industria doméstica ligada al sector y que negociar disciplinas en comercio electrónico sería prematuro en el actual contexto. Dificultan avances también como forma de presionar por sus intereses en servicios y otros temas, como la facilitación del comercio de servicios, movimiento de personas y seguridad alimentaria.</p>	<p>India / Flipkart, Snapdeal, IndiaMART, MakemyTrip, Paytm, Jabong</p>

Japón, Australia, Canadá, Singapur, entre otros países, siguen una directriz parecida: son miembros del CPTPP que tienen qué ofrecer en términos de plataformas y soluciones digitales. Buscan garantizar la formación de reglas para el comercio electrónico que les permitan ejercer influencia y contrarrestar el avance de los titanes digitales americanos y chinos. Salieron a la vanguardia al consolidar un texto a nivel regional, lo que garantiza socios que apoyan esta iniciativa y un efecto multiplicador en la red de acuerdos de los miembros del CPTPP.

La UE tiene un grupo de países con un grado razonable de desarrollo en la economía digital y en el comercio electrónico, pero con pocas grandes *big techs* y plataformas a nivel mundial. A pesar de ello, la UE ha avanzado de forma consistente en la promoción de la economía digital – por medio del "mercado digital común" – y en la regulación de cuestiones cruciales como ser protección de datos y seguridad en las transacciones digitales. Al mismo tiempo, el bloque ha trabajado en provisiones para evitar medidas proteccionistas sobre el flujo de datos entre fronteras y para garantizar la protección y la privacidad de los datos. Con una regulación fuerte e "*in place*", el bloque garantiza un ambiente de negocios digitales próspero que repercute en sus también avanzadas negociaciones bilaterales de comercio electrónico. Al adoptar nuevos modelos de acuerdos para el comercio electrónico, limitados por reglamentos domésticos actualizados y sólidos, el país demuestra que la protección de datos puede ir de la mano de un flujo seguro de datos entre los socios, tal como lo corrobora el reciente acuerdo UE-Japón.

Por su parte, China hoy es el mayor mercado de comercio electrónico del mundo, con una población online de 731 millones de consumidores. Tiene una estrategia y objetivos claros en cuanto al comercio electrónico y a la economía digital y ya es desarrollador, distribuidor y gestor de grandes plataformas globales de comercio electrónico. A diferencia de lo que hemos visto hasta aquí, China posee pocos acuerdos en comercio electrónico, pero su compromiso en la Asociación Económica Integral Regional (RCEP, por su sigla en inglés) muestra que, al menos regionalmente, el país ha buscado celebrar acuerdos para consolidar sus redes de valor digital. En la OMC, China se ha centrado en la promoción y facilitación del comercio transfronterizo de bienes habilitados por Internet (*internet-enabled*) y en los servicios que apoyan directamente ese comercio, como logística y pagos.

Es decir, el país mantiene el foco en el B2B y B2C en bienes a nivel de negociaciones internacionales, mientras que domésticamente estimula la innovación en la provisión de bienes y servicios vía comercio electrónico. La creación y constante actualización de los reglamentos que señalizan el "*Great firewall of China*", representa un esfuerzo para controlar el espacio cibernético a través de la restricción del flujo de datos y el mantenimiento del mercado doméstico prácticamente cerrado. Lo que se observa, por lo tanto, son reglamentos y políticas que lograron crear un gran mercado digital en el territorio chino – estrategia exitosa, si se considera el rápido crecimiento y sofisticación de empresas como Alibaba, Baidu y Tencent.

Pasemos entonces a los países UDT, los cuales se posicionan en el otro lado del espectro y tienen un compromiso básicamente reactivo para con los acuerdos que contemplan el comercio electrónico. Aquí encontramos a los países africanos, la India (que está en la "punta final" de este espectro, ya que no tiene frentes abiertas de negociación en temas de comercio electrónico) y países como Brasil, México, Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Malasia, Vietnam e Indonesia.

Por supuesto, hay diferencias significativas entre estos países. En el caso de Chile, Colombia y Costa Rica, por ejemplo, se observa un abordaje más arrojado entre los diferentes UDT. En el caso de Vietnam, Malasia y México, estos países adhieren a la posición ya tomada en acuerdos como el CPTPP, que se replica en sus siguientes acuerdos. Estos países buscan beneficiarse de centros regionales de comercio e inversiones provenientes de economías avanzadas. Si bien es posible que se beneficien de ganancias de productividad y de bienestar para el consumidor, las ganancias "estructurales" son inciertas, puesto que no hay razones para esperar que pasen de la condición de UDT a la de DDT.

¿Y Brasil? El país parece encajar adecuadamente en el perfil de los "*strategy seekers*", que son países con gran mercado (clase media con relativo poder adquisitivo y afección por compras en línea) e infraestructura en tecnologías de información y comunicación (TIC) suficiente para sostener la expansión del comercio electrónico, con plataformas locales o domésticas de comercio electrónico que se benefician de la limitada penetración de plataformas internacionales debido al ambiente problemático de negocios. Como Argentina, el país busca ser un usuario calificado de comercio electrónico y ampliar el acceso a las nuevas tecnologías. Sin embargo, no posee empresas y plataformas de peso que, de hecho, hagan comercio electrónico en bienes a nivel internacional. En servicios, la actuación se limita a cuestiones de ingeniería y tecnología de la información (TI).

¿Qué esperar de las próximas negociaciones en comercio electrónico?

El análisis de los acuerdos bilaterales y regionales en curso permite vislumbrar una cierta convergencia en algunos temas centrales, que deberán terminar siendo aquellos sobre los que se llegará a resultados en un eventual acuerdo multilateral sobre comercio electrónico. La fuerte presencia del comercio digital en los acuerdos regionales y bilaterales constituye una clara respuesta a la ansiedad de los países en avanzar en la agenda antes de que más barreras al comercio digital y al flujo de datos sean aprobadas a nivel doméstico.

Los países que poseen un mayor temor en cuanto al avance de la economía digital y del poder de las megaempresas digitales sobre sus economías, a menudo tienen dificultades para plantear su posición sobre un tema cuyo alcance e impacto aún no están claros.

Los acuerdos de comercio presentan numerosos frentes de negociación, siendo difícil consolidar posiciones en economía digital frente a las demandas apremiantes y bien identificadas en, por ejemplo, bienes, inversiones, reglas de origen y compras públicas.

Alinear todos los intereses en juego resulta difícil cuando se tiene mayor conocimiento y experiencia sobre los efectos de las disposiciones para el comercio entre los potenciales socios en los temas tradicionales. Sin embargo, cada vez más, los países abordan con cautela lo previsto en los capítulos de comercio electrónico, lo que hace aún más importante la participación en los foros multilaterales a fin de que los países – especialmente aquellos en desarrollo – diseñen políticas públicas digitales que optimicen los beneficios de la revolución digital.

Las disposiciones en comercio electrónico no deben ser vistas como aspectos regulatorios adicionales a los otros capítulos negociados en los acuerdos, sino que deben ser entendidas como una suerte de capítulo transversal capaz de aprovechar las potenciales ganancias provenientes de los capítulos más tradicionales, como los de bienes, servicios y propiedad intelectual. La adopción cada vez más generalizada de un capítulo que tiene una profunda relación con la estrategia que los países han diseñado para avanzar en la era digital muestra el interés de economías como Estados Unidos, Japón, Canadá, los países de la UE y China en garantizar que el comercio se mantenga como la pieza clave para ese avance – no el comercio tradicional, sino el comercio de bienes y servicios digitales, que hoy en día ya explica gran parte de los flujos de comercio global.

① Véase: <<https://bit.ly/2Jf4qhi>>.



Jorge Arbache

Vicepresidente para el Sector Privado del Banco de Desarrollo de América Latina (CAF) y ex-Secretario de Asuntos Internacionales del Ministerio de Planificación, Brasil.



Vanessa Santos

Asesora en la Secretaría de Asuntos Internacionales, Ministerio de Planificación, Brasil.

DERECHOS DE AUTOR

Rediseñando los derechos de autor para el comercio y la innovación inclusiva en una era de tecnologías disruptivas

Ruth L. Okediji

En la era de la inteligencia artificial, los cambios en el mercado creativo revelan la necesidad de reformular las normas de derecho de autor que rigen el sector. ¿Cuáles son los principales retos para el diseño de estas normas a nivel internacional?

La rápida sucesión de avances tecnológicos está cambiando las actividades productivas de las empresas, la interacción de los consumidores y la adquisición, difusión y gobierno del conocimiento.

La creciente tensión entre los objetivos de bienestar de la política comercial y la legislación internacional sobre derechos de autor en los mercados digitales y de información deja a la luz al menos tres aspectos críticos:

- 1 el potencial de la inteligencia artificial (IA) para transformar el enfoque de autoría de la ley de derechos de autor y su doctrina de originalidad;
- 2 la erosión de la doctrina de la primera venta en lo que se refiere a bienes digitales; y
- 3 las amenazas a la doctrina de "uso justo" de una variedad de mecanismos de derecho técnico y privado, incluyendo las medidas de protección técnica y la legislación de antielusión.

Estos problemas dejan a la vista las significativas limitaciones del marco internacional de derechos de autor, en particular la hipótesis de que los cambios tecnológicos y los mercados son más propicios para el bienestar de la humanidad cuando los derechos de propiedad se aplican al máximo.

La nueva frontera tecnológica sugiere que será necesaria una concepción más radical de las normas internacionales de derechos de autor para preservar – e incluso expandir – el interés público en una era de comercio digital. Así como la difusión y la propiedad del conocimiento se rigen cada vez más por la acción privada en lugar de la legislación, queda claro que el sistema global posee regulaciones insuficientes para apoyar el acceso equitativo al conocimiento y, en consecuencia, a las rutas globales de comercio digital.

Los reiterados esfuerzos a través de los años por mitigar la expansión mundial de los derechos de propiedad intelectual (PI) han tenido un impacto limitado en el propio cumplimiento del sistema de PI. De manera similar, existe un fuerte consenso entre economistas e instituciones internacionales de que el neoliberalismo ha fracasado en su promesa de bienestar global y no ha producido avances en la política internacional sobre PI.

En el contexto de la Cuarta Revolución Industrial, el discurso global sobre el acceso al conocimiento y los bienes culturales no debe solamente enfocarse en las posibilidades económicas de la población para pagarlos y en los incentivos políticos necesarios para facilitar la producción de los activos de conocimiento. También debe analizar cómo el diseño técnico de los bienes o servicios producidos transformará la naturaleza y la calidad de la mano de obra en los ámbitos público y privado – especialmente en los mercados laborales donde la sustitución de personas por IA está en aumento. Esto también incluye la pregunta sobre cómo afectan los términos de acceso y participación en el comercio digital a los valores liberales (tales como la privacidad, la libertad de expresión y la participación

ciudadana), que son a su vez indispensables para mejorar las condiciones socioeconómicas y direccionar la gobernanza de la economía digital.

Tres retos para el diseño de reglas internacionales sobre derechos de autor

Autoría y la doctrina de la originalidad

Los sistemas de software de aprendizaje automático, a menudo conocidos como una forma de IA, pueden generar trabajos textuales y visuales que podrían pasar por creaciones humanas. Sin embargo, ¿puede ser un programa de computadora el autor legal de un trabajo con derechos de autor? Esta pregunta sólo será más apremiante a medida que se deleguen cada vez más tareas creativas a máquinas que operan con menos supervisión, pero su resolución está lejos de ser clara.

Es probable que los aspectos creativos del material producido por IA sean originados en al menos tres fuentes, cada una con potencial para requerir derechos de autor: el programador del software, el usuario del software y, potencialmente, el software mismo. La IA también representa un desafío para los estándares de originalidad de los derechos de autor: ¿podría un programa informático autónomo contribuir con la creatividad mínima que se requiere para satisfacer los requisitos de originalidad establecidos en la mayoría de las jurisdicciones? La originalidad es una cuestión relativamente no armonizada a nivel internacional: los países de Derecho Común (*Common Law*) tienden a imponer requisitos más permisivos, mientras que los países de Derecho Civil imponen estándares más exigentes. La IA puede exacerbar estas diferencias.

La IA marca un cambio en la producción del conocimiento que exigirá una reevaluación de la estructura de incentivos de los derechos de autor. Las obras creativas elaboradas por algoritmos difícilmente necesitan los mismos incentivos que las obras cuyo autor es un ser humano. Si el argumento económico de los derechos de autor se explica principalmente por la importancia de garantizar niveles óptimos de producción del conocimiento, ¿podría el reemplazo de autores humanos por máquinas modificar radicalmente el diseño de las políticas de derecho de autor? Si los incentivos de derechos de autor han facilitado el suministro constante de conocimiento, ¿cómo deberían aplicarse esos incentivos a las creaciones impulsadas por máquinas? ¿Existen riesgos de que los fuertes incentivos derivados de requisitos menos exigentes para la protección legal supongan una amenaza de producción excesiva en un mundo de IA?

Independientemente de cómo los formuladores de políticas elijan conciliar los derechos de autor de una máquina con una doctrina legal a nivel nacional, una solución exitosa a nivel global debería facilitar un alineamiento de los modelos de negocios con los mercados culturales, a fin de asegurar y estabilizar las oportunidades del comercio digital sin prescindir de las consideraciones de bienestar vinculadas al rol humano en el proceso creativo. En última instancia, los nuevos enfoques deberían impulsar un cambio de los regímenes de derechos de autor, hoy centrados en el autor, hacia políticas centradas en la competencia.

Erosión de la doctrina de la primera venta

Un segundo gran desafío para los derechos de autor a nivel internacional es la erosión de la doctrina de la primera venta, o la doctrina del "agotamiento" para los bienes de conocimiento, junto con sus consecuencias para el comercio digital. El agotamiento, principio según el cual un titular de derechos no tiene derecho a controlar las reventas posteriores de materiales protegidos por PI, ha facilitado durante mucho tiempo el libre intercambio de bienes en todo el mundo. Sin embargo, la arquitectura misma del hardware de computadora puede erosionar la base tradicional de la doctrina, ya que los medios digitales crean copias (y potencialmente, en algunas ocasiones, trabajos derivados) por una necesidad tecnológica. Además, las copias digitales no están sujetas a problemas de fabricación o degradación física.

Quizás como consecuencia, más que la tradicional transferencia de propiedad, el otorgamiento de licencias ha surgido como un paradigma dominante para el comercio de productos digitales, como los medios de entretenimiento y software. Las licencias otorgan

a los propietarios de contenido un mayor control sobre sus trabajos y respaldan servicios innovadores como Netflix, Amazon y Spotify. Pero dicho control también amenaza con eclipsar la razón económica subyacente al principio del agotamiento y a las entidades y mercados que dependen de él, al eliminar la capacidad de los usuarios de beneficiarse de la existencia de un mercado secundario.

Amenazas a la doctrina del "uso justo"

La fuerte disputa sobre las limitaciones y excepciones a los derechos de autor y, en particular, la doctrina por excelencia de los Estados Unidos del "uso justo" poseen implicancias significativas para el comercio digital. El "uso justo" es una excepción abierta que facilita algunos usos no autorizados de obras con derechos de autor.

Arraigada en el derecho consuetudinario inglés, esta doctrina ha permitido una amplia gama de interacciones en Internet, desde cuestiones culturales y políticas hasta transacciones económicas. Muchas de las innovaciones que no requieren de permisos y por las cuales se caracteriza la era digital surgieron en un contexto muy rico en términos de uso justo. Por ejemplo, los motores de búsqueda de imágenes, la vinculación y la interoperabilidad de dispositivos existen en gran parte debido a las limitaciones y excepciones a los derechos de autor, caracterizadas por un ambiente de uso justo o de limitaciones y excepciones. En resumen, los derechos impulsados por el consumidor son un componente indispensable de la economía digital.

Sin embargo, a nivel internacional se cuestiona profundamente la legitimidad, el alcance y la aplicación de esta excepción de derechos de autor – y estamos lejos de una armonización de regulaciones entre diferentes países. A medida que el comercio digital refuerza determinadas características que hacen que el uso justo sea menos accesible como defensa legal para los usuarios finales, los responsables políticos deben considerar diseñar reglas que faciliten la proliferación de las diversas formas de creatividad.

Rediseñando los derechos de autor a nivel internacional para la innovación, competencia e inclusión

Las tecnologías emergentes están cambiando la economía de la información digital al proporcionar nuevos medios para crear, consumir, difundir y realizar transacciones con contenido creativo. Estos cambios ponen de relieve las deficiencias en los mecanismos nacionales e internacionales de derechos de autor.

Tres factores llaman particularmente la atención. Primero, el acceso a la información y el conocimiento posibilitados por la Internet, las redes móviles y las nuevas plataformas tecnológicas han alterado los límites tradicionales del ecosistema de la innovación al "aplastar" la naturaleza jerárquica de muchas de las estructuras económicas que anteriormente dominaban la coordinación de la producción. En segundo lugar, esta transformación integra la tecnología en zonas de autonomía y libertad que requieren nuevos enfoques de políticas e instrumentos legales, desafiando el modelo único que todos los derechos de autor han históricamente utilizado. El tercer factor: a pesar de crear nuevas oportunidades para la promoción del desarrollo, la automatización y digitalización también pueden acentuar las brechas existentes de tecnología y bienestar.

Derecho de autor y conducta competitiva

Para abordar estos desafíos de manera efectiva, los responsables políticos no deben redefinir los conceptos vinculados a los derechos de autor ni como una codificación de los derechos de autor, ni como un incentivo para la creación de una clase profesional creativa. Más bien, los derechos de autor y la política de información deben reconfigurarse como un conjunto de principios básicos que regulan la conducta desleal, promueven la flexibilidad en la planificación económica nacional y promueven normas que facilitan la producción del conocimiento y el acceso a un mercado global competitivo.

Hasta ahora, la ley de derechos de autor ha sido un obstáculo para la consecución de estos valores, en parte porque relega la gobernanza del ecosistema de información a los actores privados. Las empresas privadas que obtuvieron enormes ganancias usufructuando las

limitaciones de los derechos de autor y sus excepciones para transformar la tradicional industria de los derechos de autor son ahora árbitros de estos nuevos procesos de producción basados en IA. La regulación de estas empresas en el futuro resulta esencial para lograr el equilibrio competitivo necesario para respaldar una visión progresiva del beneficio público en un mundo de comercio digital.

Desarmonización progresiva

La Cuarta Revolución Industrial se propagó en los sectores menos regulados por la armonización de normas de derechos de autor a nivel internacional. Las nuevas plataformas dedicadas a crear y consumir información han entrelazado las esferas de política, cultura e innovación, al tiempo que las nuevas tecnologías han permitido espacios productivos que no se caracterizan fácilmente en términos binarios como público/privado o comercial/personal. La creatividad tiene lugar dentro y en todos estos ámbitos, utilizando rutas formales e informales para transmitir y compartir datos, recursos e ideas.

Los derechos de autor deben permitir, e incluso obligar, a los países a perseguir políticas que prioricen la libertad creativa, la autonomía cívica, el compromiso cultural y el acceso al conocimiento como valores fundamentales que sustentarán una economía creativa, equitativa y competitiva. En otras palabras, las justificaciones extraeconómicas de los derechos de autor, basadas en la autonomía personal, podrían necesitar un mayor desarrollo para reconfigurar las fronteras del beneficio público derivado de la ley de derechos de autor.

Si la libertad de comercio, la competencia, la libertad de expresión y otros valores de las modernas sociedades se convierten en prioridades políticas, tales consideraciones impulsarán un giro hacia la desarmonización progresiva de los regímenes de derechos de autor.

Repensando los arreglos institucionales

Las instituciones políticas y sociales condicionan las alternativas de políticas públicas de los países. Estas instituciones también son importantes en el contexto de los procesos multilaterales de establecimiento de normas. La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) es el organismo especializado de las Naciones Unidas responsable de las tecnologías de la información y la comunicación. Si bien la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) es la única responsable del establecimiento de normas internacionales de derechos de autor, el papel de la UIT resulta importante en el diseño del marco regulatorio global para la economía digital.

La relación íntima entre la producción de contenido y la regulación de las plataformas tecnológicas afecta profundamente la medida en que las nuevas tecnologías determinarán las condiciones competitivas y, en última instancia, la desigualdad social. Las actividades de establecimiento de normas en la OMPI y otras organizaciones internacionales deben involucrar cada vez más cuestiones relacionadas con la regulación de las plataformas en línea y, a su vez, el estudio de cómo interactúan estas plataformas con el régimen de derechos de autor.

La atención pública debe evaluar la posibilidad de que una mayor coordinación de las actividades institucionales y el reconocimiento formal de la experiencia de la UIT puedan generar normas globales dinámicas que impulsen una reorganización del papel de los derechos de autor en el comercio digital. Las intervenciones institucionales de la UIT en el marco de los derechos de autor, en coordinación con las actividades de la OMPI, pueden redundar en un enfoque tecnológicamente informado de las normas de derechos de autor y, a su vez, provocar una mayor alineación entre la política de información y la ley de derechos de autor.

Capturando las perspectivas de bienestar del comercio digital

A lo largo del siglo XX, las empresas se organizaron en torno a reglas que definían la propiedad de las ideas, la expresión y otras formas de conocimiento. Las reglas de PI se

diseñaron y maduraron en una era industrial caracterizada por sistemas jerárquicos de producción que facilitaban el comercio transfronterizo de bienes y servicios.

Al mismo tiempo, la necesidad de normas globales en un entorno territorialmente definido de PI e innovación fue un aspecto clave en el florecimiento de las relaciones comerciales. En consecuencia, el marco legal internacional establecido a fines del siglo XIX se consolidó y fortaleció aún más con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (TRIPS, por su sigla en inglés) de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Las más estrictas normas del Acuerdo TRIPS reconfiguraron los términos de acceso a los bienes de conocimiento, aumentando la brecha tecnológica entre el Sur y el Norte Global, sin abordar los efectos distributivos ni, en última instancia, los costos para el desarrollo humano.

Las tecnologías de la Cuarta Revolución Industrial pueden producir los mismos resultados, a pesar de cuán revolucionarias y beneficiosas se espera que sean para el proceso creativo. Las reglas de PI que se expandieron en la distensión económica de 1994 reflejan claramente ciertas convicciones sobre cómo deberían organizarse las sociedades. Pero no hay nada inevitable en los resultados sociales y económicos producidos por los regímenes actuales de PI.

Las inmensas perspectivas de bienestar que el comercio digital augura debieran producir cambios en la política nacional e internacional de derechos de autor, cambios que puedan traducirse en una mayor capacidad para que los consumidores se involucren de manera significativa en actividades productivas, ya sea en la participación económica, política o social. Al final, los avances tecnológicos que impulsan el comercio digital serán evaluados no sólo por el aumento de los niveles de producción, sino también por las normas que apoyan y facilitan la innovación inclusiva y el desarrollo humano.



Ruth L. Okediji

Profesora en la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard y codirectora del Berkman Klein Center.

ARMONIZACIÓN JURÍDICA

La seguridad jurídica y la armonización de leyes sobre el comercio electrónico en la UE y el MERCOSUR.

Isadora Schumacher Schindwein

El boom del comercio electrónico pone el desafío de elaborar una normativa adecuada a esta nueva realidad. La autora analiza cómo están respondiendo a esta demanda dos bloques económicos de disímil conformación, distinguiendo las estrategias de adecuación implementadas en cada caso.

El comercio electrónico se basa en una relación de confianza entre las partes. Al mismo tiempo, su carácter transnacional y la falta de barreras geográficas generan una gran inseguridad jurídica. En el comercio electrónico, la seguridad posee diferentes facetas. Por ejemplo, la seguridad de identificación entre las partes, la seguridad de transmisión de voluntades y la seguridad de autenticación del contenido y del contrato. Para Patricia Peck, "los requisitos para garantizar la seguridad de las transacciones comerciales realizadas electrónicamente son la información, la transparencia, el empleo estandarizado de la firma electrónica de claves asimétricas (...) y el uso de seguros específicos para transacciones *online* con pago de premio"¹.

En este escenario, los bloques económicos tienen un papel importantísimo a la hora de garantizar la seguridad más allá del territorio nacional de los miembros, formando una unidad cohesiva externa e internamente. A tal fin, los países utilizan el instrumento de la armonización de leyes. Este artículo analiza los avances que la Unión Europea (UE) y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) han obtenido hasta el momento para garantizar la seguridad jurídica en el comercio electrónico y cómo la armonización de leyes participa de ese proceso, sin perjudicar las leyes nacionales de sus miembros.

Los bloques analizados fueron creados con diferentes objetivos y por diferentes razones, contando con procedimientos y reglas únicas, incluso en lo que se refiere a la armonización de leyes intra-bloque. Por lo tanto, es de suma importancia tener en cuenta que la forma mediante la cual se alcanza la seguridad jurídica en el comercio electrónico depende de esos factores, sin que exista una única manera de alcanzar los objetivos pretendidos sin interferir con las normas internas de los Estados miembros.

UE

La UE posee un sistema jurídico propio que prevalece sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. De este modo, es fácil ver cómo se garantiza la seguridad jurídica, pues el instrumento de armonización (el artículo 288 del Tratado de la UE) estará por encima de las leyes nacionales. Este instrumento de armonización dispone que "la directiva vincula al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado a alcanzar, dejando para las instancias nacionales la competencia en cuanto a la forma y los medios"².

Los Estados miembros están obligados a aplicar, debido al principio de la subordinación estatal, las directivas de la UE en un plazo establecido de seis meses a dos años. En caso de incumplimiento, la Comisión del bloque puede aplicar las medidas que considere necesarias y los particulares pueden solicitar la aplicación directa de la directiva en los propios tribunales nacionales. De esta forma, se garantiza en cualquier circunstancia la efectividad de la directiva. Así, se puede decir que las normas comunitarias no necesitan de la implementación de los Estados para poder incorporarse a los ordenamientos jurídicos internos, ya que poseen valor de ley. Sin embargo, no tienen efectividad directa por los motivos antes mencionados.

La UE impone límites a los países miembros para garantizar la armonización de las leyes y una aplicación homogénea con efectos parecidos en los Estados miembros. Todo ello contribuye a la seguridad jurídica en el bloque y en los propios Estados miembros, ya que las normas comunitarias serán – por excelencia – normas internas.

La Directiva 31/2000 dispone sobre el funcionamiento del comercio electrónico a fin de garantizar la libre circulación de bienes y servicios entre los países del bloque económico europeo. Se aplica a determinados servicios y se dirige al comercio electrónico en el mercado interior. Según Beyla Esther Fellous, la directiva tiene como finalidad la seguridad jurídica en el comercio electrónico en base a tres aspectos: "la armonización del tratamiento y la formación del contrato, las obligaciones de transparencia con los destinatarios de los servicios y la fijación de un régimen de responsabilidad de los proveedores"⁴.

Los aspectos centrales tratados en la Directiva refieren a la formación del contrato (incluyendo aspectos de la firma digital), las comunicaciones entre las partes y la protección del consumidor. Entre los objetivos de la Directiva, aparecen los literales 7 y 8, que determinan:

"(7) Con el fin de garantizar la seguridad jurídica y la confianza del consumidor, es esencial que la presente Directiva establezca un marco general claro que cubra determinados aspectos legales del comercio electrónico en el mercado interno.

(8) El objetivo de la presente Directiva es crear un marco legal para garantizar la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros y no armonizar el ámbito del Derecho penal como tal"⁵.

Además, la UE no considera suficiente la Directiva para proteger el comercio electrónico, por lo que viene realizando otras acciones como la Agenda y Estrategia Digital 2020. En el marco de esta Agenda, el bloque creó un Código de Derechos *Online* de la UE (una compilación con los derechos y principios básicos existentes para proteger e informar a los consumidores) y proyecta la creación de un Código Online de Protección al Consumidor.

Junto con la Directiva 31/2000, la Directiva 93/1999 también incide en el comercio electrónico, regulando las firmas electrónicas y disponiendo criterios para integrarlas en los Estados miembros. Además, también son aplicables al comercio electrónico las Directivas 46/2000, sobre los establecimientos de aquellos participantes del comercio electrónico, y la Directiva 97/7, que es aplicable a los contratos a distancia.

MERCOSUR

El MERCOSUR es un bloque económico creado en torno a la idea de cooperación entre sus miembros para promover el desarrollo económico de los países integrantes. A fin de no poner en riesgo la conformación del bloque, se decidió que su sistema de cooperación regional sea intergubernamental. Esto significa que no hay un poder por encima de los Estados miembros, siendo éstos los verdaderos legisladores del bloque, y sus autoridades nacionales, los verdaderos ejecutores.

En el proceso de creación de normas del MERCOSUR, el método decisorio es el consenso, además de la presencia obligatoria de todos los países.

A su vez, para poder ser aplicadas, las normas deben ser incorporadas por los Estados miembros según lo establecido en las constituciones de cada país. Es decir, debido al alto poder de los Estados miembros, estas normas sólo se aplican efectivamente si se cuenta con la voluntad de ellos. Si un Estado no quiere incorporar una norma, no existe un mecanismo dentro del MERCOSUR que permita que ésta sea invocada por los particulares.

A pesar de ello, el mayor obstáculo que posee el MERCOSUR para la implementación de la normativa sobre el comercio electrónico es la falta de una estructura supranacional. Por ejemplo, en Brasil y Uruguay los tratados poseen valor de ley ordinaria y no prevalecen

sobre el derecho federal, subordinado a la Constitución. En cambio, Argentina y Paraguay sí confieren a los tratados y al derecho proveniente del MERCOSUR jerarquía superior a las leyes⁶. Esto hace que se perciba inseguridad en cuanto a la armonización de leyes en el MERCOSUR, ya que existe la posibilidad de que cada país considere discrecionalmente los tratados y acuerdos provenientes del bloque, de modo que puedan llegar, incluso, a no implementarlos.

En el área del comercio electrónico, el MERCOSUR creó en 2008, con la firma del Convenio de Financiamiento en cooperación con la UE, el proyecto MERCOSUR Digital. Este programa buscaba promover avances tecnológicos en la Sociedad de la Información y, de este modo, disminuir las asimetrías existentes entre los dos bloques. El proyecto finalizó en 2013 con óptimos resultados en la facilitación de la infraestructura y de las tecnologías necesarias para crear una infraestructura unificada. El objetivo fue traer más seguridad jurídica para las transacciones realizadas a través de Internet en los Estados miembros a través del desarrollo de pequeñas y medianas empresas, de la difusión de información sobre el tema a la sociedad y de la capacitación continua. Una de las medidas adoptadas fue la promoción de normas que aporten validez y eficacia jurídica para las firmas electrónicas en todos los campos, como el público, privado y académico. Se elaboró un Plan Director de Certificación Digital para el MERCOSUR, que define un modelo tecnológico y jurídico de integración para las firmas electrónicas⁷.

Los miembros del bloque también obtuvieron avances por separado en el área jurídica. Argentina, Uruguay y Paraguay tienen normas que regulan el documento electrónico y la firma digital (leyes 25.506/2001, 16.002/1998 y 610/2012, respectivamente). Brasil no tiene ninguna ley específica de comercio electrónico, pero aplica el Código Civil y el Código de Defensa del Consumidor, junto con la Infraestructura Brasileña de Claves Públicas (ICP-Brasil), creada por la Medida Provisional 2.200-2 de 2001.

Un obstáculo en la armonización de leyes sobre comercio electrónico en el MERCOSUR es el hecho de que cada país tiene un elemento de conexión diferente en lo que se refiere a contratos – lo que interfiere a la hora de crear una norma con aplicación uniforme. En materia de derecho internacional, Brasil adopta el Código Bustamante, que aplica la *lex celebrationis*, es decir, la ley del lugar de la celebración en materia de obligaciones. A diferencia de Brasil, los otros países del bloque adoptan el Tratado de Montevideo (1940), que aplica la regla general de la *lex loci executionis*.

A pesar de esto, el MERCOSUR continúa buscando alternativas para lograr armonizar el comercio electrónico. En diciembre de 2017, se optó por la creación del Grupo Agenda Digital, que discutirá alternativas de acuerdos y acciones relacionadas con la economía digital⁸.

Consideraciones finales

En vista de los procesos de armonización y avances en el comercio electrónico en la UE y el MERCOSUR, los futuros adelantos en la seguridad jurídica dependerán de los objetivos que se fije cada bloque económico.

En el caso de la UE, al poseer una estructura supranacional, la armonización de las leyes de comercio electrónico a través de la Directiva 31/2000, junto con otras iniciativas, garantiza la seguridad jurídica sin interferir con las normas internas, ya que la Directiva se convertirá en sí misma en norma interna al ser incorporada a la legislación nacional, tal como ya hicieron por ejemplo Portugal y Francia.

Por otro lado, al tratarse de un bloque económico creado por cuestiones de política externa y no pretender otorgar mayores competencias al poder comunitario, el MERCOSUR posee mayores dificultades para garantizar la seguridad jurídica en el bloque. Además, como se ha visto, los miembros del MERCOSUR abren mucho espacio para que las normas comunitarias entren en conflicto con las normas internas.

Como indica Werter Faria, debido a su estructura intergubernamental, la producción normativa del MERCOSUR puede ser equiparada al derecho internacional, es decir, no posee la eficacia directa que sí existe en el bloque europeo^⑤. Debido a sus peculiaridades, la armonización de normas de comercio electrónico tuvo que ser iniciada por la creación del Proyecto MERCOSUR Digital, en asociación con la UE, ya que ésta posee una estructura más sólida y mayor disponibilidad de recursos.

Uno de los mecanismos pretendidos por el proyecto fue la creación en cada miembro de instrumentos jurídicos y tecnológicos sobre comercio electrónico. Esto se hizo en lugar de implementar una norma comunitaria vía MERCOSUR, ya que las vías nacionales resultan más rápidas y menos burocráticas.

Considerando el modelo de bloque económico del MERCOSUR, la armonización de sus leyes sobre comercio electrónico ocurrió de forma peculiar. Sin embargo, ambos procesos de armonización, los del MERCOSUR y los de la UE, resultaron eficientes para proteger el comercio electrónico y sus ciudadanos, teniendo en cuenta que cada bloque surgió de un sistema jurídico propio con influencias históricas, políticas y económicas diferentes. De acuerdo con la definición del propio Consejo de la UE, el mecanismo de armonización del MERCOSUR es tan seguro como una ley comunitaria, siendo que alcanza el mismo resultado^⑩.

Por lo tanto, es posible alcanzar la seguridad jurídica en ambos bloques teniendo en cuenta que, más allá de que se obtenga mediante de una norma comunitaria o una ley interna, la iniciativa de protección del comercio electrónico debe surgir en primer lugar del bloque, a fin de establecer qué efectos deben ser garantizados en cada Estado miembro y a fin de garantizar una efectividad similar.

① Este artículo es el resultado de una investigación realizada en la Universidad Federal de Paraná. Todas las citas directas presentadas en este artículo fueron traducidas al español.

② Véase: Peck, Patricia. *Direito Digital*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 91.

③ Tratado de Roma, citado en: Simionato, F. A. M. Métodos de harmonização legislativa na União Europeia e no MERCOSUL: uma análise comparativa. En: Basso, M. *MERCOSUL: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-Membros*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 118.

④ Véase: Fellous, B. E. *Proteção do Consumidor no Mercosul e na União Europeia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 130.

⑤ Véase: <<https://bit.ly/2RLDaMI>>.

⑥ Con Venezuela suspendida por tiempo indeterminado, este artículo se centra en los miembros activos.

⑦ Véase: <<https://bit.ly/2yeTY6C>>.

⑧ Más informaciones en: <<https://bit.ly/2A76p5Z>>.

⑨ Véase: <<https://bit.ly/2Cnx3cn>>.

⑩ Disponible en: <<https://bit.ly/2CFNbGY>>.



**Isadora Schumacher
Schindwein**

Abogada y posee un Máster en Propiedad Intelectual de la Queen Mary University of London.

PROTECCIÓN DE DATOS

¿Cómo facilitará la Ley de Protección de Datos el comercio exterior de Brasil?

Ana Carolina Cagnoni, Marília Borges

Tomando como referencia la ley de protección de datos personales de la UE, el artículo describe el cuadro normativo actual en los países del Cono Sur y en Brasil en particular. Las autoras plantean que una pronta adecuación de las normativas impulsará los flujos de comercio internacional.

Cuando se trata de los derechos a la privacidad y la protección de los datos personales, 2018 puede ser considerado un año de grandes avances para Brasil. Al final de un largo proceso legislativo, se sancionó la Ley 13.709/18, que tiene por objeto establecer reglas para la protección de los datos personales y uniformizar el tratamiento del tema.

Si bien es cierto que en Brasil el derecho a la privacidad y a la intimidad son garantías fundamentales de la Constitución Federal, y que este país ya disponía de otras disposiciones legislativas para la protección de datos – como el Código Civil, el Código de Defensa del Consumidor, la Ley de Interceptación Telefónica, la Ley de Acceso a la Información, el Marco Civil de Internet y la Ley Carolina Dieckman (Ley 12.737/12) sobre la inviolabilidad de los dispositivos informáticos –, el hecho es que esta legislación no otorgaba la confianza y el reconocimiento de que tal normativa era equivalente a lo establecido en los estándares de protección jurídica de otros países, en particular de la Unión Europea (UE)❶. Así, más allá de una discrepancia formal con otros sistemas normativos, pasó a ser inconcebible que Brasil, en su calidad de novena economía mundial, totalmente inserta en la economía digital global, contando con 130 millones de personas conectadas a la Internet y con un gran apetito por el comercio electrónico, continuase desfasada a ese respecto frente a otras naciones con las cuales mantiene relaciones comerciales❷.

Además, la modificación normativa pasó a ser fundamental para que Brasil obtuviese el reconocimiento frente a instituciones internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y armonizase sus normas de acuerdo con la moderna Regulación General de Protección de Datos (GDPR, por su sigla en inglés) de la UE, que entró en vigor en mayo de 2018 y que establece reglas para el uso de tales datos personales por empresas y organismos públicos, además de imponer severas multas en caso de incumplimiento (pudiendo alcanzar hasta el 4% de la facturación global de las empresas infractoras).

Ante estas circunstancias, el país acertó al promulgar una nueva ley. Entre los diversos beneficios que se pueden esperar, defenderemos aquí que ella también será fundamental para mantener a Brasil en el centro del comercio internacional del futuro.

¿Cuál es la reglamentación del tema en los países vecinos de Brasil?

Aunque se sabe que la protección de datos personales en el ámbito internacional no es un tema nuevo, es innegable que la entrada en vigor de la GDPR despertó el interés a nivel mundial sobre este tema – en razón principalmente de su alcance extraterritorial. Esto se debe a que este nuevo reglamento impone la necesidad de *compliance* por todas las empresas que ofrecen productos o servicios a Europa, aunque no tengan presencia física en ese territorio.

Además, la transferencia de datos recogidos en países europeos para otras entidades o países deberá cumplir con las normas de transferencia internacional previstas en la GDPR. Dentro de estas, la que ofrece una mayor seguridad, previsibilidad y conveniencia para las empresas es la que refiere a las Decisiones de Adecuación. Si, de acuerdo a la Comisión Europea, un país ofrece niveles adecuados de protección de los datos

(actualmente en revisión para adecuación a la GDPR) y Colombia, cuya ley fue adoptada en 2012.

Por todo lo expuesto y sobre la base de la GDPR, se comprende que la UE considera necesaria, a fin de conceder la Decisión de Adecuación, que el país adopte reglas específicas que prevean los principios de protección de datos personales, así como también ofrezca la seguridad necesaria y los mecanismos administrativos y judiciales para hacer cumplir con tales reglas, siendo imprescindible en este punto la existencia de un órgano de control responsable. De lo mencionado, se desprende que los países vecinos de Brasil están trabajando en este sentido, entendiendo que esta medida es de gran importancia para las relaciones internacionales.

La importancia de la protección de datos personales para el comercio internacional

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, al adoptar una legislación específica para la protección de datos personales (inspirada en la GDPR), Brasil da el primer paso hacia un nivel de igualdad con la normativa europea, actual referencia mundial⁶. Así, Brasil se ubicará en línea con el resto de los países – posicionamiento que es imprescindible.

En un mundo cada vez más dominado por la economía digital, la confianza se ha convertido en una condición fundamental para la consolidación y continuidad de los negocios. La UNCTAD declaró que "los regímenes de protección de datos internacionalmente compatibles son deseables como una forma de crear un entorno más predecible para todas las partes interesadas involucradas en la economía de la información y para generar confianza *online*"⁷.

En este sentido, la protección de datos ya no representa un *plus*, sino una condición esencial para permitir la continuidad de los negocios y construir la confianza de los inversores y los consumidores. En el informe de la OCDE, la Computer and Communications Industry Associations (CCIA) explica que "con el crecimiento de los flujos digitales y el comercio electrónico, han surgido preocupaciones sobre la protección de datos personales y la seguridad de las transacciones y contenidos digitales. Estas preocupaciones no sólo son compartidas por los consumidores: la protección de datos está en el centro del crecimiento sostenido de Internet como plataforma para la expresión y el comercio de bienes y servicios. De hecho, el alma de la industria basada en Internet, que hoy en día ha crecido para incluir un componente sustancial de todas las industrias, es la confianza que los usuarios de Internet tienen en las plataformas *online*".

En cuanto a la competitividad, la reglamentación sobre la protección de datos personales en Brasil es sinónimo de reducción de riesgos y favorecimiento de nuevos negocios en el país, pues el ambiente regulatorio será previsible y habrá mayor seguridad jurídica. Como afirmó la Comisión Europea, "en la era digital, la promoción de altos estándares de protección de datos y la facilitación del comercio internacional deben ir necesariamente de la mano"⁸.

Actualmente, la UE es el segundo socio comercial de Brasil y su mayor inversor externo, por lo que resulta de extrema importancia garantizar el mantenimiento y el desarrollo de las relaciones comerciales con este bloque. En este sentido, la adopción de la Ley de Protección de Datos Personales (LGPD, por su sigla en inglés) conlleva la posibilidad del reconocimiento por parte del bloque y, como resultado, una mayor seguridad y agilidad en las relaciones comerciales, potenciando un incremento de los flujos comerciales. Como notamos, empresas ubicadas en Argentina y Uruguay ya están en clara ventaja en el intercambio comercial con empresas europeas, pues la transferencia de datos es libre y las empresas no tienen que soportar el costo de implementación de una salvaguarda específica para autorizar las transferencias de datos. La LGPD marca un punto de avance para buscar la Decisión de Adecuación ante la UE. Por lo tanto, garantizar la protección de datos personales, significa aumentar la credibilidad y la competitividad frente a otras empresas en el mercado global.

En cuanto a la expansión comercial, el comercio electrónico ha sido una herramienta facilitadora para la inserción de empresas en otros países, principalmente para las pequeñas y medianas, al no necesitar incurrir en los costos derivados de la presencia física en los diferentes territorios. En este sentido, al ser necesario utilizar los datos personales para vender cualquier producto o servicio en línea, la existencia de normas que aseguran su protección es un factor relevante para crear un ambiente favorable, capaz de aprovechar el comercio vía Internet.

Aunque el costo sea mayor cuando se lo compara con las grandes empresas, la exigencia de políticas internas y sistemas de tecnología de la información que aseguren la protección de datos personales en Brasil favorecerá la entrada de pequeñas y medianas empresas en el mercado exterior, cuyo *compliance* pasa a ser necesario internamente. Por lo tanto, su inserción en el mercado internacional estará en conformidad con diversos países y los principales socios comerciales de Brasil, aumentando las posibilidades hasta ahora restringidas.

El comercio depende de las personas y debe funcionar en beneficio de estas. En este sentido, la reglamentación sobre la protección de datos en Brasil crea un ambiente favorecedor para la protección de la información personal, para la consolidación del derecho a la privacidad establecido en la Constitución Federal brasileña y para aumentar la posibilidad de que las empresas se muevan al compás de los cambios globales, y que no tengan sus negocios inviabilizados por la inadecuación e inseguridad jurídica.

Consideraciones finales

La GDPR se ha convertido en un marco regulatorio global en materia de protección de datos personales, debido al flujo de comercio de diversos países con la UE. Así, muchos están adoptando nuevas reglas o actualizando sus leyes para adecuarse a ese modelo. También vemos una mayor búsqueda por la obtención de las Decisiones de Adecuación entre la UE y otros países⁹. Dada la actual coyuntura mundial, en la que más del 50% de los países ya disponen de una legislación para la protección de los datos personales, los que no se adecúen podrían enfrentar dificultades para consolidarse en el comercio internacional.

En conclusión, hay expectativas de que el comercio brasileño sea facilitado con la adopción de la LGPD, pues esta ley promueve principios y reglas fundamentales de protección, coherentes con la GDPR y, consecuentemente, con otros países. Tal medida institucionalizará un ambiente de mayor confianza, credibilidad y seguridad para que las empresas extranjeras consoliden el comercio con Brasil, y para que empresas brasileñas se aventuren en otros mercados.



Ana Carolina Cagnoni
Licenciada en Derecho por la USP. Posee un Master en Propiedad Intelectual (LLM) por la Queen Mary University de Londres. Socia en Grinberg Cordovil Abogados.



Marília Borges
Especialista en Relaciones Internacionales por la Universidad de Brasilia y abogada en Grinberg Cordovil Abogados.

- 1 Además de los ejemplos nacionales, podemos citar el Convenio 108, creado en 1981 por el Consejo de Europa. En la actualidad está ratificado por 53 países, del Consejo Europeo.
- 2 Véase: <<https://bit.ly/2PKmd3F>>; <<https://bit.ly/1FDwW9w>> y <<https://bit.ly/2J7fKO2>>.
- 3 Disponible en: <<https://bit.ly/2yXBuY3>>.
- 4 Véase: <<https://bit.ly/2CRUDic>>.
- 5 Véase: <<https://bit.ly/2yKxU3c>>.
- 6 La propia UE se refiere a la GDPR como un "Gold Standard" en términos de protección de datos personales. Véase: <<https://bit.ly/2J64PnC>> y <<https://politi.co/2nBn3TB>>.
- 7 Disponible en: <<https://bit.ly/2CV7JeQ>>.
- 8 Disponible en: <<https://bit.ly/2CV7JeQ>>.
- 9 Por ejemplo, las discusiones entre Japón y la UE para el reconocimiento de la legislación japonesa. Véase: <<https://bit.ly/ZuuqUWT>>.

Publicaciones

Puentes recomienda publicaciones de ICTSD y otras instituciones que están contribuyendo al estudio y una mejor comprensión del comercio internacional y el desarrollo sostenible, con implicaciones también para América Latina.



Nuevas oportunidades para la aplicación de *blockchain* en la industria agroalimentaria

ICTSD – agosto 2018

Las tecnologías de contabilidad distribuida (DLT, por su sigla en inglés) tienen el potencial de transformar el sistema alimentario mundial al introducir importantes ganancias de eficiencia en las cadenas de valor y al mejorar la confianza, la transparencia y la rastreabilidad. Si bien es probable que los grandes actores realicen avances rápidos y significativos en la explotación de las DLT, los pequeños agricultores y procesadores también pueden obtener importantes beneficios, siempre que la tecnología esté disponible para ellos. Este documento ofrece una visión general de las DLT y su aplicación en la alimentación y la agricultura, examinando las implicaciones de política pública para la seguridad alimentaria y el desarrollo rural. Además, el estudio identifica algunos desafíos potenciales, riesgos y los caminos a seguir. Para acceder al texto, haga clic [aquí](#).



Logrando el Objetivo de Desarrollo Sostenible 2: ¿qué políticas para el comercio y los mercados?

ICTSD – septiembre 2018

La Undécima Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio (OMC) finalizó sin que los ministros hayan ofrecido una dirección clara para las negociaciones sobre agricultura, a pesar de la necesidad de medidas urgentes para ayudar a avanzar el Objetivo de Desarrollo Sostenible No. 2 (ODS 2) sobre la erradicación del hambre, la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición. Mientras tanto, los cambios en los flujos comerciales están transformando los mercados para la alimentación y la agricultura, así como los acuerdos comerciales preferenciales y decisiones de política nacional. Juntos, estos factores probablemente establecerán los lineamientos de las futuras negociaciones sobre agricultura en la OMC. Para que los países puedan construir con éxito un compromiso sostenido en 2017, el progreso entre ahora y la Duodécima Ministerial requerirá una base sólida a nivel técnico. Este informe explora una serie de vías para lograr esto. Para acceder al texto, haga clic [aquí](#).



Comercio agrícola: evaluación reciprocidad de estándares

Parlamento Europeo – mayo 2018

El objetivo de este estudio es proporcionar una evaluación de la aplicación del principio de reciprocidad en el comercio agroalimentario de la Unión Europea (UE) a nivel mundial. El informe proporciona evidencia sustancial de los progresos que se producen a nivel mundial en la convergencia regulatoria. La cooperación científica, la colaboración entre los organismos de evaluación de riesgos, la armonización de los procedimientos de control y los sistemas de alerta temprana para riesgos emergentes pueden facilitar el avance en esta dirección, reduciendo los costos de transacción y las asimetrías de información en el comercio agroalimentario. Para acceder al texto, haga clic [aquí](#).

SIGA EXPLORANDO EL MUNDO DEL COMERCIO Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE EN LA RED BRIDGES DE ICTSD

PONTES

Análisis e información sobre comercio y desarrollo sostenible para el mundo de habla portuguesa- *Idioma portugués*
www.ictsd.org/news/pontes

BRIDGES

Noticias relativas al comercio mundial desde una perspectiva de desarrollo sostenible- *Idioma inglés*
www.ictsd.org/news/bridges

桥

Análisis e información sobre comercio y desarrollo sostenible para el mundo de habla china- *Idioma chino*
www.ictsd.org/news/qiao

МОСТЫ

Análisis e información sobre comercio y desarrollo con enfoque en los países del CEI- *Idioma ruso*
www.ictsd.org/news/bridgesrussian

BRIDGES AFRICA

Análisis e información sobre comercio y desarrollo sostenible con énfasis en África- *Idioma inglés*
www.ictsd.org/news/bridges-africa

PASSERELLES

Análisis e información sobre comercio y desarrollo sostenible con énfasis en África- *Idioma francés*
www.ictsd.org/news/passerelles



Centro Internacional para el Comercio y el Desarrollo Sostenible

Chemin de Balexert 7-9
1219 Geneva, Switzerland
+41-22-917-8492
www.ictsd.org

La producción de PUENTES es posible gracias al apoyo generoso de todos nuestros donantes, que incluyen:

DFID – Departamento para el Desarrollo Internacional del Reino Unido

SIDA – Agencia Sueca para el Desarrollo Internacional

DGIS – Ministerio de Relaciones Exteriores de Holanda

Ministerio de Relaciones Exteriores, Dinamarca

Ministerio de Relaciones Exteriores, Finlandia

Ministerio de Relaciones Exteriores, Noruega

PUENTES recibe publicidad y patrocinios para apoyar el costo de la publicación e incrementar su impacto a nivel global y en Latinoamérica. La aceptación de las propuestas queda a discreción de los editores. Las opiniones expresadas en los artículos son responsabilidad exclusiva de los autores y no necesariamente reflejan el punto de vista de ICTSD.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) de Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional.

ISSN 1563-0013

