

# LUCHA CONTRA LA PIRATERÍA Y FALSIFICACIÓN: UNA ESTRATEGIA DE ALCANCES LIMITADOS

## *The fight against piracy and counterfeiting: a strategy with limited reaches*

Javier Freire Núñez<sup>1</sup>

### RESUMEN:

Desde hace medio siglo hemos sido testigos de una tendencia ampliamente generalizada que apuntan a orientar esfuerzos para lograr una armonización de las legislaciones y profundización de la protección de la propiedad intelectual justificando en parte por los aparentes “daños” que ocasionan la falsificación y piratería. Esta tendencia se enfoca en plantear la protección de intereses privados como una cuestión de interés general, difundiendo cifras que no están del todo comprobadas, permitiendo la estigmatización de algunos de sus efectos. Lo que se necesita, muy por el contrario, es analizar el fenómeno con mayores elementos de rigor. Además, las medidas adoptadas recientemente o que figuran en acuerdos bilaterales (TLC’s) y propuestas en el derecho internacional (ACTA), estarían afectando y limitando las libertades públicas – trabas al comercio y acceso a la cultura e información – sobre todo aquella que circula en la web, desembocando en una limitación a la creatividad de manera desproporcionada en relación al impacto real del fenómeno y sus consecuencias.

**Palabras clave:** Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE; Propiedad intelectual; falsificación; imitación; piratería.

### ABSTRACT:

*For half a century we have witnessed a widespread tendency to direct efforts towards harmonizing legislation and deepening intellectual property protection, justified in part by the apparent “damage” caused by counterfeiting and piracy. This trend focuses on the protection of private interests as a matter of general interest, disseminating figures that are not entirely proven, allowing the stigmatization of some of its effects. On the contrary, what is needed is a more rigorous analysis of the phenomenon. In addition, the measures recently adopted or contained in bilateral agreements (FTAs) and proposals in international law (ACTA), would be affecting and limiting public freedoms – obstacles to trade and access to culture and information – especially that which circulates on the web, leading to a limitation of creativity disproportionately in relation to the real impact of the phenomenon and its consequences.*

**Keywords:** Organization for Economic Co-operation and Development OECD; Intellectual property; counterfeiting, imitation; piracy.

---

<sup>1</sup> Experto en temas de Propiedad Intelectual. Master en Propiedad Intelectual. FLACSO, Argentina. Cohorte 2012-2013. Ex Asesor Internacional del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. E-mail: javi.freire13@gmail.com.

## SUMÁRIO:

**1.** Introducción. **2.** La lucha contra la falsificación y piratería: El discurso sobre su erradicación y las cifras. **3.** El Acuerdo sobre los ADPIC, como medio para la lucha contra la falsificación y piratería. **4.** El ACTA o cuando Mickey Mouse se transforma en una cuestión de seguridad nacional. **5.** Conclusiones. Referencias.

## 1 INTRODUCCIÓN

La falsificación concentra una atención cada vez mayor de los medios y las autoridades públicas. Su impacto sobre las economías es presentado como un verdadero flagelo que conviene combatirlo hasta las últimas consecuencias, sacando fuerzas de diversas disciplinas jurídicas, ya sea en el ámbito del derecho penal, civil, administrativo y hasta aduanero. Estudios oficiales establecen que la industria internacional de la piratería y la falsificación es “multi-billonaria”<sup>2</sup>.

Ahora bien, contrariamente a la concepción comúnmente admitida, la falsificación, en el sentido habitual del término, es perfectamente legal. El verbo “*falsificar*”, proviene del latín “*contrafacere*”, es decir “*imitar*”; la falsificación es una imitación.

El hombre tiene una curiosa contradicción, por un lado puede existir el recelo de poseer algo de otro como propio y por otro lado querer imitar y adquirir otra información, así se explica cómo desde el comienzo de la creación intelectual, el hombre ha procurado como atributo de su

---

<sup>2</sup> Informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), **Magnitude of Counterfeiting and Piracy of Tangible Products: An Update**, November 2009; p.1, disponible en: <http://www.oecd.org/sti/ind/44088872.pdf>, basado en el estudio OCDE (2008), *The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy*. En cuanto a la piratería digital, el documento de la OCDE, **Piracy of Digital Content**, Julio 2009, analiza las características de este mercado proporcionando datos económicos sobre el caso de los derechos deportivos, pp. 87-115, disponible en: [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/science-and-technology/piracy-of-digital-content\\_9789264065437-en#page88](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/science-and-technology/piracy-of-digital-content_9789264065437-en#page88).

libertad, imitar la información para preservar la cultura<sup>3</sup>; hasta hace poco (en términos históricos) copiar información era caro y difícil.

Una evidencia histórica, es lo que ocurrido en Europa luego del siglo XI, muchas innovaciones fueron imitaciones desarrollados en otros lugares que luego se convirtieron en adaptaciones. Con toda probabilidad, el molino de viento fue un invento persa, y la devanadera era conocida en China en el siglo XI, mas de cien años antes de que apareciera por primera vez en Europa. La brújula la recibieron los europeos de los árabes, la pólvora fue con toda probabilidad un invento chino<sup>4</sup>. Los europeos demostraron en los siglos VI al XI no fue tanto capacidad inventiva como una notable capacidad de asimilación. Supieron coger las ideas buenas allá donde las encontraron y aplicarlas.<sup>5</sup>

En efecto, el principio fundamental del orden jurídico moderno es la libertad. La libertad declina en todos los ámbitos del derecho: el derecho público, el derecho penal, el derecho laboral, el derecho económico, etc. Precisamente, en el derecho económico, la libertad toma la forma de una libertad de comercio e industria en virtud de la cual, toda persona tiene derecho a emprender, participar en el mundo de los negocios y hacer competencia a otros. En particular, la libertad de competencia implica necesariamente, ofrecer productos y servicios idénticos a los disponibles en el mercado, lo cual supone que esos pueden—bajo ciertos parámetros— ser copiados libremente.

Y aquí estamos: la imitación es libre. Esta libertad que posee todo competidor constituye un principio esencial del derecho general de la competencia; “debe ser considerada como una de las normas esenciales de toda organización social”<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> GONZÁLEZ, J.M. (2002). “Copiar o no copiar, ¿he ahí el dilema?”, **Revista TodoLinux**, nº23, pp.12-13.

<sup>4</sup> CIPOLLA, Carlo M. **Storia economica del l’Europa pre-industriale. (Historia Económica de la Europa preindustrial)**. Versión española del italiano: Esther Benítez, versión española del inglés, Joaquín Arango. 1974 by Società Editrice Il Mulino, Bologna. Ed. Cast.: Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1981, p. 184.

<sup>5</sup> Ibídem, p. 175

<sup>6</sup> CE., 13 de julio de 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1442, obs. J.-F. Neuray, “Le décret de Al-lardeausecours des noctambules, oufaut-ildansercomme les communessiffent” pp.

Para 1947, Vander Haeghen observaba que “en realidad, el principio de libre imitación está en la base de toda evolución y no se puede concebir que una civilización pueda formarse sin ella”<sup>7</sup>; sostenía también que el derecho de copiar era un derecho natural “esencial para la vida y determinante del progreso de la humanidad”<sup>8</sup>. Para Sócrates, Platón y Aristóteles, la imitación era buena, pues se trataba de una acomodación a las leyes naturales del universo. Además consideraban que todo acto de imitación es también un acto creativo y, que todo acto creativo implica imitación, tanto de la propia naturaleza como de las representaciones que de ésta tienen nuestros semejantes<sup>9</sup>.

Lógicamente, por otra parte, es a raíz de este *principio* de legalidad de la copia que han sido adoptadas las leyes en materia de propiedad intelectual, para establecer a *título excepcional y mediante el respeto de condiciones estrictas* derechos exclusivos y temporales en el sentido que, solo sus titulares pueden explotar los objetos a los que se aplican (una obra, un invento, etc.), limitando la libertad de imitar.

En síntesis, según esta teoría, los consumidores se mueven en un mercado regido por el principio de la libre empresa en virtud del cual la imitación es un derecho y la exclusividad se convierte en la excepción riesgosa

La excepción *de iure* tiende a convertirse en la regla *de facto*. Más inquietante es la nueva tendencia, que apunta a la consagración de este estado de hecho como regla de derecho. Señalo al respecto que las cuestiones de propiedad intelectual, han sido calificadas oficialmente por ejemplo en los Estados Unidos<sup>10</sup>, como un tema de: “materia económica relacionada con

1447-1452; Ch. Del Marmol, “La liberté du commerce en droitbelge”, *J.T.*, 1953, n°4, pp. 65-70 y esp. p. 65; Liège, 18 de marzo de 2003, *R.D.C.*, 2004, p. 991.

<sup>7</sup> A. Vander Haegen, Observations sous Comm. Bruxelles (cess), 29 de diciembre de 1947, *Ing.-Cons.*, 1948, p. 223; A. Vander Haegen, “Partage des droitsintellectuels en propriétéindustrielle et en droitd’auteur”, *Ing.-Cons.*, 1954, p. 189.

<sup>8</sup> A. Vander Haegen, Observations sous Comm. Bruxelles (cess.), op. cit. nota 4, p. 223.

<sup>9</sup> Kaye, K, (1982) **The mental and social life of babies. How Parents Create Persons**. Chicago: The University of Chicago Press.

<sup>10</sup> Véase *infra*, a propósito del ACTA.

la seguridad nacional”, un discurso en el que se asigna a quienes no respetan la ley del monopolio el apelativo liberticida de “terrorista”<sup>11</sup>. Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la falsificación incluso se habría transformado en “el método predilecto de financiamiento de cierto número de grupos terroristas”<sup>12</sup>.

Más recientemente, se ha podido leer en la prensa: “Los compradores de copias piratas piensan que cometen una pequeña falta, pero ino es cierto! Es un crimen contra la propiedad intelectual, y por lo tanto, como lo muestra nuestro informe, es una cuestión de seguridad nacional. Reforzar la represión y sensibilizar al público son algunos caminos. Sensibilizar a los estados, también.”<sup>13</sup> ¡Todo un programa!<sup>14</sup>

Como detalle histórico y considerando las aseveraciones antojadizas de que: la piratería está mal. Teniendo muy en cuenta que la posición contraria no es ofrecer excusas y justificaciones en favor de ella, el objetivo es observar este problema con la mayor rigurosidad y objetividad posible, de tal forma que se logre el equilibrio deseado, entre los intereses privados versus los intereses generales. Podríamos, por ejemplo, acordarnos de que durante el primer siglo de la historia de los EE.UU., no se reconocieron los derechos de copyright extranjeros. Nacimos, en este sentido, como una nación de piratas. Parecería irónico, por tanto, insistir demasiado en que otros países en vías de desarrollo hacen algo malo, cuando durante el primer siglo de nuestra historia lo mismo nos pareció que estaba bien<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> MULARD, Claudine, “**La falsificación de DVD financiaría al terrorismo**”. 26-03-2009. Este artículo promociona un estudio encargado por los “másters” de la industria del cine, que en base a “análisis” y cifras, por lo menos completamente discutibles, intenta demostrar que la falsificación sirve para financiar al “terrorismo”. Ver en URL: [http://linuxfr.org/users/patrick\\_g/journaux/contrefa%C3%A7on-de-dvd-et-terrorisme](http://linuxfr.org/users/patrick_g/journaux/contrefa%C3%A7on-de-dvd-et-terrorisme)

<sup>12</sup> OCDE, **The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy: Executive Summary**, 2007, p. 15 y pp. 4, 6 y 11. Ver en la URL <http://www.oecd.org/dataoecd/13/12/38707619.pdf>

<sup>13</sup> MULARD, Claudine. “**La falsificación de DVD financiaría al terrorismo**”, *op. cit.*, nota 10.

<sup>14</sup> La inauguración del Observatorio europeo de la falsificación y la piratería, el 2 de abril de 2009, en la Comisión europea parece participar en esta dinámica.

<sup>15</sup> LESSIG, Lawrence, “El código 2.0”.

Ante este cambio de paradigma, es útil examinar el fenómeno de la falsificación y piratería, los medios jurídicos disponibles para combatirla y, sobre esta base, formular algunas pistas de reflexión, para que la lucha contra este fenómeno ofrezca la ocasión de realizar (por fin) el objetivo esencial inscrito en el Art. 7 del Acuerdo para la Protección de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC o por sus siglas en inglés: TRIPS), que dispone: “contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, a la ventaja mutua tanto de aquellos que generan como de aquellos que utilizan los conocimientos técnicos y, de una manera propicia, al bienestar social y económico, de manera tal que, asegure un equilibrio de derechos y de obligaciones”<sup>16</sup>.

## 2 LA LUCHA CONTRA LA FALSIFICACIÓN Y PIRATERIA: EL DISCURSO SOBRE SU ERRADICACIÓN Y LAS CIFRAS.

Los derechos de propiedad intelectual otorgan exclusividades, prerrogativas del derecho común a algunas personas (públicas o privadas); se trata de derechos privados (ya que aun cuando el titular del derecho sea una persona pública, el interés protegido es de naturaleza privada). De allí que, no resulte necesariamente legítimo a los ojos de los ciudadanos que las autoridades públicas inviertan medios considerables y adopten regímenes jurídicos extremos para proteger a esos intereses privados, en la medida en que, los regímenes contra la falsificación y piratería, pueden resultar liberticidas.

Por esta razón aparece un nuevo discurso sobre la falsificación que apunta a fundamentar la legitimidad de medidas “antifalsificación” cada vez más severas y numerosas. El objetivo de ese discurso es hacer pasar la protección de los intereses privados de los titulares por una cuestión de interés general<sup>17</sup>. Para lograrlo, se pone el acento por un lado en la impor-

---

<sup>16</sup> Anexo 1C al Acuerdo que instituye la Organización Mundial del Comercio (OMC), anexados al Acta final que retoma los resultados de las negociaciones comerciales multilaterales de la ronda de Uruguay, firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994.

<sup>17</sup> El informe de la OCDE de 2007, ilustra esta estrategia: OCDE, **The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy: Executive Summary**, *op. cit.* Nota 11, pp. 4 y 5.

tancia de la falsificación presentando cifras impresionantes y por otro en la importancia de lo que está en juego, estigmatizando su peligrosidad, tal es el grado de obstinación que para 1992, dentro de un foro de connotación respetable como es la UNESCO, se dijo: “Para algunas personas el término ‘piratería’ puede entrañar una ligera connotación romántica porque les recuerda a los bucaneros que fanfarroneaban en el Caribe; pero nada tienen de romántico ni de fanfarrón los piratas de la propiedad intelectual: son delincuentes que suelen operar en una escala amplia y organizada y que se dedican a robar los productos de las capacidades creativas y de las inversiones de otras personas”.<sup>18</sup>

Como ejemplo, en el año 2008 el Parlamento Europeo planteaba que “lo que está en juego es considerable. El mercado de la falsificación representa unos 500 miles de millones de euros, es decir del 7% al 10% aproximadamente del comercio mundial. [...] La defensa de la propiedad intelectual es un instrumento al que es imposible renunciar si se quiere preservar la competitividad exterior de la industria europea. [...] Sería de todos modos un error creer que las nuevas acciones implementadas en materia de lucha contra la falsificación no responden más que al interés de la industria comunitaria. Además de los graves perjuicios económicos que la falsificación y la piratería causan a las empresas, estas prácticas ilegales ocasionan, cada año, la desaparición de cientos de miles de empleos calificados y bien remunerados [...] y muchas veces pueden poner en peligro la salud de los consumidores, servir para financiar a organizaciones criminales o terroristas y ocasionar graves daños al medio ambiente”<sup>19</sup> Diez años antes la OCDE, ya tenía un discurso idéntico<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> FREITAS, Denis de. “Piratería de la propiedad intelectual y medidas necesarias para combatirla”, Boletín de derecho de autor de la UNESCO, Vol. XXVI, Nº 3 (París, 1992), pág. 6 (10ª reunión del Comité Intergubernamental de Derecho de Autor, 1995). Véase: <http://unesdoc.unesco.org/images/0010/001014/101440sb.pdf> (El autor, es un jurista y consultor de la Federación Internacional de la Industria Fonográfica (IFPI).

<sup>19</sup> Parlamento europeo, **Rapport sur l’impact de la contrefaçon sur le Commerce International**, 19 de noviembre de 2008, A6-0447/2008, p. 18. Ver en URL: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A-6-2008-0447+0+DOC+PDF+V0//FR>

<sup>20</sup> OCDE, **Les incidences économiques de la contrefaçon (Las incidencias económicas de la falsificación)**, 1998, p. 4, disponible en la URL: <http://www.oecd.org/dataoecd/11/12/2090611.pdf>

Cabe de inmediato una pregunta: ¿es verdadero? Considerando que la falsificación es ilegal, está oculta, incluso se ha dicho que, es difícil recabar datos empíricos sobre este fenómeno<sup>21</sup> o como menciona la misma OCDE, es muy difícil obtener estadísticas precisas sobre la falsificación, principalmente porque esta, es una actividad ilegal<sup>22</sup>. Es sorprendente ver con qué precisión se pretende poder atribuirle una cifra, parecen tan elevadas que terminaría resultando difícil comprender: ¿cómo puede sobrevivir aún la industria legal?

En realidad, las cifras mencionadas en todos los discursos sobre la falsificación tienen dos orígenes, el primero está constituido por un conjunto de ‘informes’ y de ‘estudios’ financiados por las industrias interesadas en el fortalecimiento de la propiedad intelectual (música, audiovisual, marcas famosas, farmacéutica, informática). Multiplicando ese tipo de informes, la industria logra crear un consenso aparente sobre estimaciones abultadas; el segundo origen de estas proviene de las medidas de retención en la aduana<sup>23</sup>. Las cifras de la falsificación en realidad son las del número y la naturaleza de los artículos retenidos en la aduana en razón de su carácter *probablemente* falsificado. Esos artículos *sospechados* de ser falsificaciones son contabilizados como si fueran falsificaciones *comprobadas*. Este procedimiento es intelectualmente incorrecto: en efecto, se demostrará a continuación que los artículos retenidos en la aduana pueden ser tanto productos auténticos como falsificaciones.

Los documentos de referencia del discurso público sobre la falsificación son dos informes de la OCDE publicados en los años 1998 y 2007, respectivamente, que compilan las cifras de la industria y de las autori-

---

<sup>21</sup> PANETHIERE, D. “La Persistencia de la Piratería y sus consecuencias para la creatividad, la cultura y el desarrollo sostenible”. Julio-Septiembre 2005. e.**Boletín de derecho de autor de la UNESCO**. Informe elaborado a petición de la Secretaría de la UNESCO, para la 13ª reunión del Comité Intergubernamental de Derecho de Autor. (El autor es abogado inscrito en el Consejo de Abogados de Illinois, autorizado a actuar ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, ex-consejero principal sobre propiedad intelectual del Senado estadounidense. p.13

<sup>22</sup> OCDE, **Les incidences économiques de la contrefaçon (Las incidencias económicas de la falsificación)**, 1998, *op. cit.* nota 19, p. 3.

<sup>23</sup> *Ibíd.*, pp. 3-4.

dades aduaneras. En particular, el informe más citado es el publicado en 1998. Ese informe fue preparado por la “Oficina de investigación sobre la falsificación de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)”<sup>24</sup> De modo tal que, el autor (a) del informe es a la vez juez del alcance de la falsificación y parte interesada en la lucha contra la falsificación.

Es interesante ver como la mayor parte de las autoridades públicas relacionadas con el tema, repiten el mismo discurso desde hace diez años: “la falsificación representa entre el 5% y el 7 % del comercio mundial”<sup>25</sup>, una cifra extraída además del informe de OCDE 98’, cuando en ese mismo informe se menciona que “la falsificación constituye un problema grave, cuya amplitud, al parecer, no cesa de crecer. Sin embargo, es prácticamente imposible obtener estadísticas precisas para confirmar esta percepción, [este] sentimiento (sic), básicamente por el carácter clandestino de esta actividad”<sup>26</sup>.

Más exactamente, el informe de OCDE 98’ sostiene que la falsificación representa del 5 % al 7% del comercio mundial (5000 miles de millones de dólares), es decir 250 mil millones de dólares. Esta estimación se basa en “datos correspondientes a los intercambios mundiales comunicados por la Organización Mundial del Comercio (OMC)”<sup>27</sup>.

Sin embargo, la casi totalidad de las fuentes citadas en el informe proceden de la misma industria<sup>28</sup> El informe no explica en base a qué datos de la OMC, se pretende que ha sido estimada la cifra de la falsificación y cómo podrían esos datos informarnos sobre el alcance de la falsificación. Más aún, está explícitamente declarado: “No existen en absoluto datos reunidos susceptibles de confirmar estos elevados porcentajes, pero

---

<sup>24</sup> OCDE, **Les incidences économiques de la contrefaçon (Las incidencias económicas de la falsificación)**, 1998, *op. cit.* (Prólogo) p. 1.

<sup>25</sup> La Organización Mundial de Aduanas (OMA), por ejemplo, ha concluido en su análisis más reciente que en torno al 5% del comercio mundial tiene por objeto bienes pirateados, citado en: K. Idris, **Intellectual Property: A Power Tool for Economic Growth**, Ginebra, 2001, pág. 301.

<sup>26</sup> OCDE, **Les incidences économiques de la contrefaçon (Las incidencias económicas de la falsificación)**, 1998, *op. cit.* nota 19, p. 29 y pp. 3, 10, 32.

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 4, 29.

<sup>28</sup> *Ibidem*, pp. 3, 11-22.

estas cifras ya han sido admitidas y son reveladoras de la magnitud del problema”<sup>29</sup>.

Lamentablemente, el único punto sobre el cual el informe de la OCDE 98’, sin lugar a dudas no se equivoca es que en efecto – ignoramos por qué circunstancia – las cifras que menciona “*ya han sido admitidas*”, han sido retomadas al unísono por casi todos los legisladores y ejecutivos occidentales para justificar la adopción de regímenes contra la falsificación de una firmeza sin precedente. (Un ejemplo local es en mi país Ecuador, para ese año se promulgo la Ley 83 de Propiedad Intelectual, por coincidencia estos actos fueron declarados “delitos de acción pública”)<sup>30</sup>.

Y esto, sin que haya sido posible para la OCDE, en diez años producir datos transparentes y confiables para respaldar sus estimaciones.

Así, en su informe de 2007, la OCDE afirmaba que el comercio internacional de falsificaciones representaba alrededor de 200 mil millones de dólares, dando por entendido que varios cientos de miles de millones de dólares debían agregarse también a esa suma para cubrir la falsificación doméstica y en internet<sup>31</sup>. La Organización seguía comprobando que “no se ha efectuado ningún análisis cuantitativo riguroso para calcular el alcance global de la falsificación y de la piratería”<sup>32</sup> y consideraba incluso que hacer ese tipo de análisis era imposible<sup>33</sup>.

Adviértase que en 1998, la OCDE estimaba la falsificación en 250 miles de millones de dólares. En 2007, la OCDE declaró que la falsificación había aumentado un 26% en el curso de los últimos cinco años<sup>34</sup> pero no la evalúa en más de 200 miles de millones de dólares... Además,

---

<sup>29</sup> OCDE, **Les incidences économiques de la contrefaçon (Las incidencias económicas de la falsificación)**, 1998, *op. cit.* nota 19, p. 29.

<sup>30</sup> Art. 328.-Las infracciones determinadas en este Capítulo son de acción pública y de instancia oficial. *Ley de Propiedad Intelectual No. 83, publicada en el Registro Oficial 320, del 19 de mayo de 1998.*

<sup>31</sup> OCDE, **The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy: Executive Summary**, 2007. *op. cit.*, nota 11, p. 4.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 5 y 9.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 13.

la comparación de estas cifras revela un desajuste entre las mismas y el discurso público manifestando que la falsificación se presenta como un fenómeno en plena expansión.

Por otra parte, al igual que las cifras de 1998, las cifras citadas en el informe OCDE 07' provienen de las autoridades aduaneras<sup>35</sup> y de la industria. Pero ya en 1998, la OCDE observaba que “gran parte de las organizaciones de lucha contra la falsificación son grupos de presión que tienen mucho interés en presentar cifras exageradas que pueden distorsionar la realidad”<sup>36</sup>. La OCDE, no parece tener muy en cuenta esta sensata observación en sus informes.

Si bien existe un consenso sobre las cifras de la falsificación, no existen pruebas suficientes, relacionadas con la extensión y las consecuencias del comercio internacional de los productos falsificados y pirateados<sup>37</sup>.

Aún si nos atenemos al estudio de la OCDE 07', que calcula la falsificación en 200 miles de millones de dólares, esto no representa más que un 0.31 % del comercio mundial evaluado en 65 trillones de dólares. ¿Cómo se explica entonces la envergadura de los medios públicos movilizadas para estar la importancia acordada a esta temática en la agenda de las cumbres internacionales? ¿Se trata realmente de una prioridad?

El discurso público sobre la falsificación y piratería, contiene otras distorsiones de la realidad. En particular, para convencernos de que el fenómeno constituye una cuestión de interés general, el discurso público declara que, destruiría cientos de miles de puestos de trabajo en todo el mundo. El razonamiento es: la falsificación priva a las empresas legítimas de ganancias sustanciales. Entonces, esas empresas crean menos puestos de trabajo, es decir que la falsificación obstaculiza la creación de puestos de trabajo. Sobre este tema se amerita un estudio más profundo, el mis-

---

<sup>35</sup> OCDE, **The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy**: Executive Summary, 2007. *op. cit.*, nota 11, p. 6 y 15-16.

<sup>36</sup> OCDE, **Les incidences économiques de la contrefaçon (Las incidencias económicas de la falsificación)**, 1998, *op. cit.*, nota 19, p. 32.

<sup>37</sup> DORDI, C. “Impact of Counterfeiting on International Trade”, p. 25. Ver en URL: <http://www.ip-watch.org/files/PE406968EN.pdf>

mo que rebasa la expectativa de la presente investigación, pero sin duda habilita la realización de un trabajo futuro.

Otra variante de la argumentación relativa sostiene que la falsificación frenaría la innovación: la innovación requiere inversiones a las cuales la propiedad intelectual ofrecería una garantía de rentabilidad. Los falsificadores se apropiarían ilegalmente de los productos de las inversiones realizadas y, por lo tanto, los innovadores se sentirían desalentados para volver a invertir.

De hecho, este razonamiento procede de una lógica que está lejos de contar con unanimidad en los círculos científicos y académicos. Muy por el contrario, por ejemplo para Joseph Stiglitz, premio nobel de economía, explicó sobre el impacto económico negativo de una propiedad intelectual demasiado fuerte<sup>38</sup>.

Nótese que la exclusividad conferida por la propiedad intelectual, no es absolutamente indispensable para la innovación: el software libre en el sector informático es una prueba indiscutible de esto. El software “libre” consiste en programas “libres de derechos”; además, en su mayoría son gratuitos. Muchas de las empresas que crean esos programas innovan y crean puestos de trabajo porque sus planes de negocios se basan en la venta de servicios adicionales<sup>39</sup>.

Peor aún, una propiedad intelectual muy fuerte y omnipresente puede impedir la creación de empresas, de empleos y de innovaciones en algunos sectores<sup>40</sup>. Diversos estudios económicos demuestran que la propiedad intelectual no necesariamente alienta la innovación y que deberían pensarse mecanismos alternativos. De allí que resulte excesivo declarar que la falsificación perjudica a la innovación. La realidad es más compleja.

---

<sup>38</sup> STIGLITZ, J. E. “Intellectual Property Rights and Wrongs”, **Daily Times**, 16 de agosto de 2005. Ver en URL: [http://www.dailytimes.com.pk/default.asp?page=story\\_16-8-2005\\_pg5\\_12](http://www.dailytimes.com.pk/default.asp?page=story_16-8-2005_pg5_12).

<sup>39</sup> S. Weber, **The Success of Open Source**. Cambridge, Massachusetts, Harvard UP, 2004 ; J. Tirole & J. Lerner, “The Economics of Technology Sharing : Open Source and Beyond,” **Journal of Economic Perspectives**, vol. 19, N° 2.

<sup>40</sup> STIGLITZ, J. E. “Intellectual Property Rights and Wrongs”, op. cit. nota 37.

La dinámica que acabamos de describir está conduciendo a implementar sistemas jurídicos muy rígidos y parcializados que son poco compatibles con la innovación, la competencia, el comercio, la salud, etc.

### 3 EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC, COMO MEDIO PARA LA LUCHA CONTRA LA FALSIFICACIÓN Y PIRATERÍA

La internacionalización de los derechos de propiedad intelectual no es un fenómeno nuevo: los principales derechos de propiedad intelectual han sido objeto, desde hace largo tiempo, de convenios internacionales ratificados ampliamente en el mundo, entre los cuales se destacan como principales: Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883); Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1866); y, el Convenio de Roma para la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de radiodifusión (1961). Para 1967 el nacimiento de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), es otra manifestación más de la vocación internacional por los derechos de propiedad intelectual.

Este fenómeno cobró un nuevo impulso con la adopción de los Acuerdos de Marrakech, que crearon la Organización Mundial del Comercio, firmados el 15 de abril de 1994, que hoy han sido ratificados o están en vías de serlo por la casi totalidad de los estados del mundo, y especialmente por el conjunto de las grandes potencias económicas y políticas. Estos acuerdos comprenden, en particular, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC)<sup>41</sup>.

La firma de este instrumento constituye un evento sin precedentes en la historia del derecho de propiedad intelectual. Su impacto económico global es considerable, en especial porque permite, por primera vez, la creación de monopolios legales a escala mundial<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Texto completo de los ADPIC, disponible en español en el sitio de la Organización Mundial del Comercio en URL: [http://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/27-trips\\_01\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_01_s.htm)

<sup>42</sup> REMICHE, B. "Révolution technologique, mondialisation et droit des brevets", *R.I.D.E.*, 2002/1, p. 83

En síntesis, el Acuerdo sobre los ADPIC obliga a los estados firmantes a (i) adoptar legislaciones muy completas en materia de propiedad intelectual, con un alto nivel de protección de la propiedad intelectual y (ii) adoptar medidas contra la falsificación y/o piratería.

Respeto de los derechos, el Acuerdo sobre los ADPIC constituye el vértice de la pirámide; sus disposiciones se trasladan al derecho comunitario y al derecho nacional. El artículo 41 enuncia una serie de “obligaciones generales”. En este sentido, prevé, por un lado, la inserción en las legislaciones nacionales de los estados firmantes de procedimientos orientados a hacer respetar los derechos de propiedad intelectual que autorizan “una acción eficaz” contra toda vulneración de esos derechos; “incluyendo medidas correctivas rápidas destinadas a prevenir cualquier infracción”.

Por otra parte, el Acuerdo precisa que los procedimientos deben ser “aplicados de manera tal que[...] ofrezcan resguardos contra su uso abusivo”, ser “leales y equitativos”, dar lugar a “decisiones de fondo [...] por escrito y motivadas [...] [que] se apoyen exclusivamente en elementos de prueba sobre los que las partes hayan tenido la posibilidad de hacerse escuchar” y prevé la posibilidad de obtener “la revisión de las decisiones administrativas finales, por parte de una autoridad judicial”.

El artículo 61 del ADPIC obliga a los estados firmantes a incorporar a sus legislaciones nacionales “procedimientos y sanciones penales aplicables al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o [...] que lesionen el derecho de autor a escala comercial”.

Contempla diferentes medidas clásicas de orden civil y administrativo (medidas cautelares, orden de cesación, indemnización, etc.) así como también la obligación de respetar la proporcionalidad entre la gravedad del perjuicio y las medidas destinadas a remediarlo.

Por último, el Acuerdo obliga a los estados firmantes a crear tres procedimientos especiales en materia de propiedad intelectual: un procedimiento de embargo de mercaderías falsificadas, un procedimiento de suspensión o retención en aduana y un procedimiento penal.

Nuevamente se toma como ejemplo la legislación ecuatoriana, que fue promulgada en 1998 cumpliendo con el compromiso adoptado en la

Ronda de Uruguay de 1995, en el que se determinó que, los países en vías de desarrollo deberán armonizar su legislación en el plazo de cinco años. Sin embargo, el país lo hizo en tres años, no conformes con eso y teniendo en cuenta las normas del ADPIC, antes citadas, se introduce en el Art. 309 de la Ley 83 de Propiedad Intelectual, el literal d)<sup>43</sup>, el cual facultaba a las autoridades administrativas y judiciales la posibilidad de aplicar varias medidas cautelares, como: la *destrucción los productos violatorios de cualquier derecho de propiedad intelectual*, la misma que violaba el derecho a la legítima defensa, en ese sentido el Tribunal Constitucional de Ecuador, lo declaró inconstitucional<sup>44</sup>.

Debido a esa gran estigmatización las propuestas se trasladaron incluso a la OMA, donde se contempla adoptar normas armonizadas relativas a la represión de la falsificación para (casi) todas las autoridades aduaneras. Estas normas son conocidas por el acrónimo SECURE<sup>45</sup>. Sin embargo, la iniciativa occidental encontró la firme oposición de algunos estados, entre ellos Brasil, China, Ecuador y la India, señalaron, en particular que, la OMA no tiene competencia en la materia<sup>46</sup>. El proyecto de reglamento SECURE se encuentra, por el momento, suspendido. La

<sup>43</sup> *Ley de Propiedad Intelectual No. 83, publicada en el Registro Oficial 320, del 19 de mayo de 1998.* Art. 309. ..(...) d) La inutilización de los bienes u objetos materia de la infracción y, en caso necesario, **la destrucción** de moldes, planchas, matrices, instrumentos, negativos, plantas o partes de aquellas y demás elementos destinados al empleo de invenciones patentadas, a la impresión de marcas, a la reproducción o comunicación no autorizada, o de aquellos cuyo uso predominante sea facilitar la supresión o neutralización de cualquier medio de protección técnica o de información electrónica y que sirvan predominantemente para actos violatorios de cualquier derecho de propiedad intelectual.

<sup>44</sup> Res. No. 161-2000 -TP (R.O. 173, 28-IX-2000). Disponible en: <http://www.derechoecuador.com/productos/producto/catalogo/registros-oficiales/2000/septiembre/code/17103/registro-oficial-28-de-septiembre-del-2000#anchor1069281>

<sup>45</sup> **Standards Employed by Customs for Uniform Rights Enforcement.** La propuesta de normas uniformes se encuentra disponible en: [http://www.wcoomd.org/~media/WCO/Public/Global/PDF/Topics/Enforcement%20and%20Compliance/Activities%20and%20Programmes/IPR/Secure/SECURE\\_E.ashx?db=web](http://www.wcoomd.org/~media/WCO/Public/Global/PDF/Topics/Enforcement%20and%20Compliance/Activities%20and%20Programmes/IPR/Secure/SECURE_E.ashx?db=web)

<sup>46</sup> X. Li, “**WCO SECURE: lessons learnt from the Abortion of the trips-plus-plus IP Enforcement Initiative**”, Centre SUD, de diciembre de 2008, ver en URL: [http://www.southcentre.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=952%3Awco-secure-lessons-learnt-from-the-abortion-of-the-trip-plus-plus-ip-enforcement-initiative&catid=47%3Agovernance-and-intellectual-property&Itemid=67&lang=en](http://www.southcentre.org/index.php?option=com_content&view=article&id=952%3Awco-secure-lessons-learnt-from-the-abortion-of-the-trip-plus-plus-ip-enforcement-initiative&catid=47%3Agovernance-and-intellectual-property&Itemid=67&lang=en)

Comisión Europea podría, sin embargo, lograr sus fines en el marco de la negociación del ACTA, a la que los países emergentes y los países en desarrollo no han sido invitados.

#### 4 EL ACTA O CUANDO MICKEY MOUSE SE TRANSFORMA EN UNA CUESTIÓN DE SEGURIDAD NACIONAL

El ACTA es el acrónimo de “Anti-Counterfeiting Trade Agreement” (Acuerdo Comercial contra la Falsificación). Se trata de un proyecto negociado desde junio de 2008<sup>47</sup> por Estados Unidos, Japón, la Comisión Europea, Canadá, Australia, México, Marruecos, Nueva Zelanda, Singapur, Corea del Sur y Suiza. Este Acuerdo es el resultado de una propuesta de algunas multinacionales reunidas en el *Business Action to Stop Counterfeiting And Piracy* (BASCAP)<sup>48</sup> lo cual muestra que el fortalecimiento de la propiedad intelectual, es una iniciativa de las industrias que busca promover un modelo único de organización económica y social<sup>49</sup>.

Hasta la actualidad, las negociaciones relativas a este proyecto ACTA, son secretas algo que ha suscitado sospechas y muchas críticas. La respuesta de los negociadores ha sido siempre afirma que tradicionalmente la negociación de un tratado es confidencial. ¿De qué tradición están hablando? ¿De la que requiere que los negociadores tengan un mandato de negociación claro y público? ¿De la que se puso de manifiesto en el fallo *Turco* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas? “La transparencia en este sentido contribuye a reforzar a la democracia permitiendo que los ciudadanos controlen el conjunto de las informaciones que han constituido el fundamento de un acto legislativo. En efecto, la posibilidad, para los ciudadanos, de conocer los fundamentos de las

<sup>47</sup> Las primeras conversaciones tuvieron lugar entre Estados Unidos y Japón en el 2006.

<sup>48</sup> Ph. Aigrain, “Préparation de la decision politique : le trop plein de corruption”, <http://paigrain.debatpublic.net/?p=158>; A. Shaw, “The Problem with the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (and what to do about it)”, vol. 2, 2008, <http://www.kes-studies.org/ojs/index.php/kes/article/view/34/59>; OCDE, **The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy: Executive Summary**, *op. cit.* nota 11, p. 28.

<sup>49</sup> P. Aigrain, demuestra cómo algunos lobbies logran llegar a manejar las decisiones políticas en materia de falsificación. *op. cit.* nota 47.

acciones legislativas es una condición del ejercicio efectivo, por parte de estos últimos, de sus derechos democráticos”<sup>50</sup>.

Por cierto, otra “coincidencia”: algunos lobbies y algunas multinacionales tienen acceso a los documentos de la negociación (a diferencia de los parlamentos, las asociaciones de defensa de los consumidores y los ciudadanos). Se trata, especialmente, de los miembros de los *United States Trade Representative Advisory Committees*<sup>51</sup>, entre los cuales encontramos a la RIAA (industria de la música) y la MPAA (industria del audiovisual), IBM, Eli Lilly, Procter & Gamble, Intel, Sun Microsystems, Halliburton, Monsanto, etc.

El 17 de marzo de 2009, el presidente Obama decidió mantener el secreto ya impuesto por su predecesor sobre todas las discusiones relativas al ACTA conforme a la *Executive Order 13292* del 23 de marzo de 2003, relativa a las informaciones clasificadas (secretas) en razón de la seguridad nacional<sup>52</sup>.

Esta decisión implica que ni las conversaciones previas relacionadas con este proyecto de tratado, ni el proyecto discutido en sí pueden ser hechos públicos. Lo que significa también y esto merece destacarse que en el derecho norteamericano, la propiedad intelectual es considerada de

---

<sup>50</sup> CJCE, 1º de julio de 2008, aff. C 39/05.

<sup>51</sup> La lista completa de los miembros se encuentra disponible en al URL: <http://www.ustr.gov/about-us/intergovernmental-affairs/advisory-committees/advisory-committee-trade-policy-and-negotiati>

<sup>52</sup> Esta decisión presidencial no deja de asombrar en la medida en que, conforme a la sección 1.3. de la *Executive Order 13292*, solo pueden ser clasificadas las informaciones (a) relativas a los planes militares, a los sistemas de armamento o a las operaciones militares; (b) de un gobierno extranjero; (c) relativas a las actividades de información (incluyendo las actividades especiales), a las fuentes de información o a los métodos, o al encriptado; (d) relativas a las relaciones exteriores o a las actividades exteriores de los Estados Unidos, incluyendo las fuentes confidenciales; (e) relativas a las cuestiones científicas, tecnológicas o económicas vinculadas a la seguridad nacional, lo cual comprende la lucha contra el terrorismo internacional; (f) relativas a los programas de gobierno de los Estados Unidos para proteger a los equipos o las instalaciones nucleares; (g) o relativas a la vulnerabilidad o a las capacidades de los sistemas, instalaciones, proyectos o planes vinculados con la seguridad nacional, que comprenden la lucha contra el terrorismo internacional, (h) las armas de destrucción masiva. Este texto se encuentra disponible en la URL : <http://www.fas.org/sgp/bush/eoamend.html>

ahora en más como una cuestión de seguridad nacional, al mismo nivel que las armas nucleares!

Estas maniobras no impidieron algunas filtraciones de información sobre las líneas generales del ACTA. Frente a los pleitos judiciales iniciados por asociaciones de consumidores para obtener la transparencia sobre las negociaciones<sup>53</sup>, el gobierno norteamericano divulgó, el 7 de abril de 2009, un documento que enumeraba los principales puntos de la negociación sin revelar su contenido<sup>54</sup>. La Comisión Europea, subió ese documento a su sitio en internet<sup>55</sup> y ha desclasificado parcialmente algunos elementos, aunque no todos, relacionados con su pedido de mandato de negociación para el ACTA, que se remonta al mes de noviembre de 2007<sup>56</sup>.

Así se supo que el ACTA retoma el conjunto de medidas relativas al respeto de los derechos inscritos en el Acuerdo ADPIC, en particular, se trata del reforzamiento de las medidas civiles, penales, como: retención en aduana y control de internet<sup>57</sup>.

En cuanto a la retención en aduana, se propone ampliar ese régimen a todas las situaciones aduaneras, incluyendo el tránsito; confirmar el principio de intervención en base a una simple sospecha de falsificación; confirmar que la revocación o confirmación de la medida no puede tener efecto sin el conocimiento del titular del derecho; tratar la cuestión de los gastos de almacenamiento en depósito y destrucción; pero también prever que

<sup>53</sup> A. Girardeau, “Liberté et vie privée: ACTA, la menaçantôme”, **Liberation**, 6 de noviembre de 2008.

<sup>54</sup> El documento, titulado “The Anti-Counterfeiting Trade Agreement - Summary of Key Elements under Discussion”, puede consultarse en el sitio: [http://www.impi.gob.mx/work/sites/IMPI/resources/LocalContent/2375/1/Final\\_English.pdf](http://www.impi.gob.mx/work/sites/IMPI/resources/LocalContent/2375/1/Final_English.pdf)

<sup>55</sup> Ver en URL: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/april/tradoc\\_142745.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/april/tradoc_142745.pdf)

<sup>56</sup> Decisión del Consejo de la Unión Europea del 24 de marzo de 2009, sobre la desclasificación parcial de la Recomendación de la Comisión al Consejo de autorizar, abrir negociaciones de un acuerdo comercial contra la falsificación plurilateral (véase Consejo de la Unión Europea, 26 de marzo de 2008). Los dos documentos se relacionan con la referencia 7759/08.

<sup>57</sup> Los desarrollos relativos al contenido del ACTA tienen como fuente los documentos siguientes: “The Anti-Counterfeiting Trade Agreement - Summary of Key Elements under Discussion”, *op. cit.* nota 52; M. Geist, “The ACTA Threat to the Future of WIPO”, 14 de abril de 2009, <http://www.ip-watch.org/weblog/2009/04/14/the-acta-threat-to-the-future-of-wipo>

las autoridades aduaneras puedan obligar al titular del derecho exclusivo a presentar una caución para indemnizar a la parte incautada.

En cuanto a las medidas civiles, se refieren sobre todo a un incremento de las indemnizaciones en caso de infracción con el establecimiento de multas altas, contrario al principio de indemnización vigente en los países de derecho continental, y al derecho de obtener informaciones del presunto infractor.

En cuanto a las medidas penales, se quiere criminalizar el «*cam-cording*», es decir el registro no autorizado total o parcial de una obra audiovisual por medio de una cámara, tal como, las cámaras digitales de los teléfonos celulares. Además se amplía considerablemente el principio de incriminación: debería aplicarse a toda violación deliberada de un derecho de propiedad intelectual, aun cuando no tenga ninguna motivación financiera directa o indirecta.

Esta extensión del campo de aplicación del delito de falsificación –que siempre estuvo limitado a los actos planteados con fines comerciales – tiene el objetivo evidente de permitir iniciar acciones penales contra los usuarios de internet que desconozcan los derechos de autor en la red.

Desde ya, podemos preguntarnos sobre la pertinencia de ese enfoque. Pero más allá de eso, se observa que la ampliación planteada generaría daños colaterales, ya que apunta a todo tipo de lesión a todo derecho (y no solo la descarga ilegal), de modo que la libertad de expresión en internet podría, por ejemplo, verse reducida (véase el caso “*jeboycottedanone.com*”, un sitio en internet que denunciaba determinados comportamientos del grupo Danone, al que este grupo denunció por violación de su marca para requerir el cierre del sitio).

En cuanto al control de internet, la negociación se refiere esencialmente al papel y las responsabilidades de los Proveedores de Acceso a Internet (FAI), a los que se piensa asignar el papel de policías de la web a cambio de la exoneración de responsabilidad de la que ya gozan a justo título. Así, al primer pedido de los titulares de derechos, se les podría exigir que proporcionen la identidad de personas que suben contenido pre-

suntamente infractor, eliminar el contenido en litigio y hasta suspender el acceso a internet de esas personas.

El uso de un vocabulario elegido delicadamente permite adormecer la vigilancia del gran público. Esto no quita que se trata de permitir que empresas privadas vigilen<sup>58</sup>, obtengan informaciones personales y dejen fuera de internet a cualquier ciudadano, todo esto sin ningún control judicial y basándose en simples alegatos, ya que las FAI no son competentes, ni para apreciar la validez de un derecho, ni la existencia de una infracción, es decir que deberían confiar en las declaraciones unilaterales de los presuntos titulares de derechos.

Nótese también que una parte del ACTA, se ocupa de la cooperación entre los diferentes estados y el intercambio de datos entre ellos. Y ya han podido verse los excesos a los que esto puede llevar en relación a la lucha contra “los terroristas”. No es para nada legítimo sacrificar el respeto de la vida privada de todos los ciudadanos por la protección de los intereses comerciales de unos pocos.

Aunque no se lo consultó en la negociación del ACTA, el Parlamento Europeo se invitó la discusión y adoptó una resolución el 18 de diciembre de 2008, donde se aborda el tema del impacto de las falsificaciones en el comercio internacional, manifestando que:

*“14. Pide a la Comisión y a los Estados miembros que negocien el ACTA en condiciones de la máxima transparencia para los ciudadanos de la Unión Europea, especialmente por lo que se refiere a las definiciones de los términos “falsificación” y “piratería” y las sanciones penales previstas; opina que debe evaluarse el impacto social del Acuerdo, así como su impacto sobre las libertades civiles; [...]*

*16. Destaca que en todos los acuerdos de aplicación previstos en materia de derechos de propiedad intelectual, el uso personal sin ánimo de lucro debe diferenciarse de la comercialización fraudulenta e intencionada de productos falsificados y pirateados; [...]*

*18. Pide a la Comisión que garantice que el ACTA no concede a las autoridades públicas acceso a ordenadores u otros aparatos electrónicos privados; [...]*

<sup>58</sup> Un régimen como ese aplica necesariamente que se vigile a los usuarios de internet.

21. *Pide a la Comisión que el ACTA solo se concentre en las medidas para la aplicación de los derechos de propiedad intelectual, y no en cuestiones sustantivas en materia de derechos de propiedad intelectual, como el alcance de la protección, limitaciones y derogaciones, responsabilidad subsidiaria o responsabilidad de los intermediarios; [...]*

24. *Está convencido de que, en sus negociaciones actuales, la Comisión debe tener en cuenta críticas vehementes vertidas sobre el ACTA, a saber, la eventualidad de que permita a los poseedores de derechos de autor y de marca el acceso a la privacidad de los supuestos infractores sin tener que recurrir a los procedimientos legales adecuados, que continúe criminalizando las violaciones no comerciales de los derechos de autor y de marca, que refuerce las tecnologías de los sistemas de gestión de derechos digitales a costa de los derechos de "uso razonable", que establezca un procedimiento para la resolución de conflictos al margen de las estructuras actuales de la OMC, y, por último, que fuerce a todos los signatarios a asumir el coste de las medidas contra las violaciones de los derechos de autor y de marca;*

25. *Pide a la Comisión, en este contexto, que garantice que el proceso de consulta al público es continuado y transparente, apoye las ventajas que ofrece dicho proceso con todos los países negociadores y garantice que se informa plenamente y con regularidad al Parlamento sobre el estado de las negociaciones; [...]*

27. *Recuerda a la Comisión, en el marco de las negociaciones sobre el ACTA, el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dedicado a la protección de los datos de carácter personal, y la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos [...]"<sup>59</sup>.*

La noticia es que esta resolución aún no se encuentra aprobada. Obsérvese además que las medidas previstas en el ACTA, al igual que algunas medidas existentes, se limitan a tratar los síntomas de la falsificación y no sus fuentes. En este sentido, la manera de negociar el ACTA, procede de una lógica recurrente que consiste en esquivar los recintos

---

<sup>59</sup> Resolución del Parlamento europeo del 18 de diciembre de 2008 sobre el impacto de las falsificaciones en el comercio internacional (2008/2133(INI). Disponible en URL: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2008-0634+0+DOC+XML+V0//ES>

internacionales apropiados para evitar una verdadera negociación entre todos los estados interesados, es decir tanto los países desarrollados como los países en desarrollo. Esta manera de proceder busca permitir que los primeros ideen un régimen riguroso tendiente a la defensa solo de sus intereses, para luego “proponerlo” a los segundos a cambio de algunos proyectos de inversiones extranjeras directas o condicionar la vigencia de los ya existentes como el Sistema Generalizado de Preferencias (SGP)<sup>60</sup> y/o Ley de Preferencias Arancelarias Andinas y Erradicación de la Droga, mejor conocida como ATPDEA (siglas en inglés: “*AndeanTradePromotion and DrugEradicationAct*”)<sup>61</sup>

Esta estrategia ha sido descrita brillantemente por Jean-Frédéric-Morin, en lo que se refiere a los Estados Unidos: “La estructura particular de la bilateralidad ha tenido por efecto aislar a los interlocutores de los Estados Unidos de su coalición desarrollista y colocarlos en una posición de dependencia comercial. Los Estados Unidos aprovecharon esa estructura asimétrica para renovar sus estrategias coercitivas. Ofrecieron a todos sus interlocutores compensaciones en términos de beneficios comerciales y de inversión. [...] Los Estados Unidos utilizaron también, en determinadas ocasiones, la amenaza de sanciones comerciales. Paralelamente a esta coerción, emplearon estrategias de socialización para con-

---

<sup>60</sup> Es un sistema que nace en 1961, a iniciativa del Primer Decenio de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Desarrollo (UNCTAD), tiene como objetivo fundamental, otorgar un **tratamiento arancelario preferencial** a más de 5.000 productos importados provenientes de casi 150 países en desarrollo, que entran exentos de impuestos y derechos aduaneros a los países desarrollados, sin ninguna reciprocidad por parte de éstos últimos, para “fomentar la industrialización, diversificación de las exportaciones y el aumento de los ingresos a los países beneficiarios”. Fue adoptado por la Comunidad Europea el 1 de julio de 1971, y el Congreso de los Estados Unidos le otorgó autoridad legislativa en el Título V de la Ley de Comercio de 1974 por un período de 10 años, que fue extendido sucesivas veces.

<sup>61</sup> Ley de Preferencias Arancelarias Andinas y Erradicación de la Droga, originalmente se llamó Ley de Preferencias Comerciales Andinas (ATPA), promulgada por los EE.UU, el 4 de diciembre de 1991, bajo el gobierno de George H. W. Bush. El programa fue renovado el 31 de octubre de 2002 por el gobierno de George W. Bush bajo el nombre de Ley de Preferencias Arancelarias Andinas y Erradicación de la Droga (ATPDEA), su objetivo principal es otorgar acceso libre de aranceles al mercado estadounidense a una amplia gama de las exportaciones de cuatro países andinos: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, como una compensación económica por la lucha contra el tráfico de drogas.

vencer a sus socios de lo bien fundado de las normas propuestas. [...] Gracias a esta combinación de coerción y socialización, los Estados Unidos firmaron, entre 1994 y 2004, una quincena de tratados bilaterales que preveían normas sobre el derecho material de las patentes. Estos tratados bilaterales norteamericanos favorecen una triple extensión del régimen internacional de patentes [geográfica, temporal] y sobre todo fijan los términos de una extensión jurídica inspirada en el derecho norteamericano. [...] Poco a poco agregaron obligaciones para garantizar la ampliación del área de protección y el incremento de los derechos conferidos por una patente. [...] Además, no es anodino señalar que los desarrollos jurídicos previstos en los tratados bilaterales van precisamente en sentido contrario a los reclamos expresados en la escena multilateral por las fuerzas contra-hegemónicas. [...] Más aún, [tratados bilaterales] agregan restricciones al ingreso de medicamentos genéricos en los países en desarrollo. En particular prohíben la doctrina del agotamiento internacional, limitan el recurso a las licencias obligatorias y prolongan la duración efectiva de las patentes farmacéuticas”<sup>62</sup>.

Es decir que, el procedimiento en el fondo no es nuevo. En estos últimos años, con frecuencia hadado origen a acuerdos bilaterales contruidos en base al Acuerdo sobre los ADPIC, comúnmente conocidos por el nombre de ADPIC-PLUS, con el objeto de aumentar aún más el nivel de protección de la propiedad intelectual, reforzando los derechos que abarca ese Acuerdo.

Esta vez, el procedimiento es “plurilateral”, la forma cambia: el tratado es definido por algunos estados animados por el mismo interés y no por todos los estados con intereses diferentes (procedimiento multilateral). La lógica del procedimiento sigue siendo idéntica: la Comisión Europea ya hizo saber que para la negociación del ACTA, el Acuerdo sobre los ADPIC era una base mínima y no un límite<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> MORIN, Jean-Frédéric, **Le bilatéralisme américain**: la nouvelle frontière du droit international des brevets, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 481-482. Sobre el mismo tema: C. Dordi, “Impact of Counterfeiting International Trade”, *op. cit.* nota 36.

<sup>63</sup> ERMERT, M. “**Accord sur les ADPIC**: point de départ et non finalité de l’Accord de lutte contre la contrefaçon”, 27 de abril de 2009, ver en URL:<http://www>.

Existen dos ámbitos internacionales para discutir medidas contra la falsificación: la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y el Consejo de los ADPIC (OMC). Esos dos ámbitos se caracterizan por el multilateralismo, ya que todos los estados pueden participar en las discusiones y teóricamente todos los intereses pueden ser tenidos en cuenta.

Así, la OMPI está básicamente a cargo de negociar una Agenda para el Desarrollo, tendiente a que los países industrializados pongan en práctica programas destinados al desarrollo de los países que lo necesitan. En cuanto al Acuerdo sobre los ADPIC, contiene algunas disposiciones que obligan a los países industrializados a dotar a los países en desarrollo de una “base tecnológica sólida y viable” (Art. 66 ADPIC).

Al eludir los ámbitos establecidos para reforzar las medidas contra la falsificación, los países industrializados obran una vez más en defensa únicamente de sus intereses, evitando toda discusión sobre las preocupaciones de los países en desarrollo.

## 5 CONCLUSIONES

La tendencia ampliamente generalizada que conduce desde hace medio siglo al reforzamiento de los derechos de propiedad intelectual, está acompañada por medios cada vez más rigurosos en la lucha contra la falsificación y piratería, representando un peligro para el buen funcionamiento de nuestras economías de mercado, organizadas en base a la libertad de emprendimiento y un sistema de competencia fuerte, que admite, es verdad, algunas reservas importantes como los derechos privados que son los derechos intelectuales.

La contundente movilización de las autoridades públicas de los países desarrollados para reforzar cada vez más los medios de lucha contra la falsificación y piratería, una parte importante de la cual creo haber demostrado que se limita a responder a conflictos de intereses privados, nos

---

[ip-watch.org/2009/04/27/accord-sur-les-adpic-point-de-depart-et-non-finalite-de-l%E2%80%99accord-de-lutte-contre-la-contrefacon/](http://ip-watch.org/2009/04/27/accord-sur-les-adpic-point-de-depart-et-non-finalite-de-l%E2%80%99accord-de-lutte-contre-la-contrefacon/)

parece excesiva a la luz de lo que se hace para promover la transferencia de tecnología.

Además, las políticas delineadas en contra de los infractores muchas veces generan, como hemos visto, un desequilibrio real y significativo entre el titular de derechos de propiedad intelectual y el presunto infractor. Ese desequilibrio resulta más inquietante aún si se considera que en las medidas tomadas el papel principal lo tienen las administraciones y hasta pretendidos titulares, dejando al poder judicial solo un papel a *posteriori*, que en muchas ocasiones actúa demasiado tarde para poder ser útil, teniendo en cuenta el contexto económico y comercial. En palabras de *Lawrence Lessig*, el Derecho no debería conceder a los «propietarios de espacio» ninguna protección legal contra la invasión en el ciberespacio, sino que debía obligarles a arreglárselas solos<sup>64</sup>. Considerando que las administraciones en la actualidad actúan de oficio sin mediar la demanda de los titulares, en consecuencia esa obligación ha sido abiertamente delegada.

Obligar a los países en vías de desarrollo a aumentar sin cesar los niveles de protección de la propiedad intelectual y los medios para hacerla respetar utilizando la potencia comercial e ignorando sus necesidades, no permitirá a los países industrializados convencerlos de la legitimidad de los objetivos perseguidos por esta estrategia coercitiva. Y, precisamente, el recurso abusivo a esta estrategia irrita, a largo plazo, la voluntad de respetar la propiedad intelectual.

Para tener éxito, la estrategia contra la falsificación debe lograr una victoria sobre las mentes y los corazones. ¿Cómo convencer a los países que participen activamente en este combate? La respuesta a esta pregunta figura en el Preámbulo y en los artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC: desarrollar un sistema equilibrado entre una propiedad intelectual protegida y respetada que tenga suficientemente en cuenta la diversidad de los niveles de desarrollo tecnológico de los países, y poner en marcha una verdadera política de transferencia de tecnología Norte-Sur que contribuya al desarrollo de los países del Sur.

---

<sup>64</sup> LESSIG, Lawrence, “El código 2.0”.

Dicho esto, continuó pensando que la lucha contra la “falsificación y piratería criminal” debe continuar y desarrollarse, ya que de eso depende la salud y la seguridad de las poblaciones. Pero también hay que admitir que las políticas a aplicar en la materia muchas veces tienen más que ver con medidas contra el crimen organizado que con el respeto de los derechos intelectuales.

Ya es hora de que a escala mundial, se haga una reflexión de conjunto sobre la problemática de la propiedad intelectual en nuestra sociedad del conocimiento mundializado, incluyendo el papel esencial que puede jugar en ello la transferencia de tecnologías, de modo que las “buenas intenciones” de los artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC, mencionados en el párrafos anteriores, no queden en letra muerta.

Lo que está en juego es también el futuro de las relaciones internacionales que gobiernan el mundo de este siglo XXI y la instauración de equilibrios, únicos garantes de la estabilidad y la paz.

## REFERENCIAS

Anexo 1C al Acuerdo que instituye la Organización Mundial del Comercio (OMC), anexados al Acta final que retoma los resultados de las negociaciones comerciales multilaterales de la ronda de Uruguay, firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994. [http://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/27-trips\\_01\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_01_s.htm)

FREITAS, Denis de (1992). “Piratería de la propiedad intelectual y medidas necesarias para combatirla”, e. **Boletín de derecho de autor de la UNESCO**, Vol. XXVI, N° 3.

GONZÁLEZ, J.M. (2002). “Copiar o no copiar, ¿he ahí el dilema?”, **Revista TodoLinux**, n°23.

HAEGEN, Vander, Observations sous Comm. Bruxelles (cess), 29 de diciembre de 1947.

JEAN-FRÉDÉRIC, Morin (2007). **Le bilatéralisme américain: la nouvelle frontière du droit international des brevets**, Bruxelles, Larcier.

KAYE, K, (1982) **The mental and social life of babies. How Parents Create Persons**. Chicago: The University of Chicago Press.

LESSIG, Lawrence (2009). “El código 2.0”, Attribution-Share Alike 3.0.

MULARD, Claudine (2009). “**La falsificación de DVD financiaría al terrorismo**”. [http://linuxfr.org/users/patrick\\_g/journaux/contrefa%C3%A7on-de-dvd-et-terrorisme](http://linuxfr.org/users/patrick_g/journaux/contrefa%C3%A7on-de-dvd-et-terrorisme)

OCDE. **Magnitude of Counterfeiting and Piracy of Tangible Products: An Update**, November, 2009. <http://www.oecd.org/sti/ind/44088872.pdf>, basado en el estudio OCDE (2008), *The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy*.

OCDE, **Piracy of Digital Content**, Julio 2009. [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/science-and-technology/piracy-of-digital-content\\_9789264065437-en#page88](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/science-and-technology/piracy-of-digital-content_9789264065437-en#page88).

OCDE, **The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy: Executive Summary**, 2007. <http://www.oecd.org/dataoecd/13/12/38707619.pdf>

OCDE, **Les incidences économiques de la contrefaçon (Las incidencias económicas de la falsificación)**, 1998. <http://www.oecd.org/dataoecd/11/12/2090611.pdf>

PANETHIERE, Darrell (2005), “*La Persistencia de la Piratería y sus consecuencias para la creatividad, la cultura y el desarrollo sostenible*”. **Boletín de derecho de autor de la UNESCO**.

REMICHE, Bernard (2002), “**Révolution technologique, mondialisation et droit des brevets**”, R.I.D.E.

STIGLITZ, Joseph (2005), “**Intellectual Property Rights and Wrongs**”, **Daily Times** [http://www.dailytimes.com.pk/default.asp?page=story\\_16-8-2005\\_pg5\\_12](http://www.dailytimes.com.pk/default.asp?page=story_16-8-2005_pg5_12).

The Anti-Counterfeiting Trade Agreement - Summary of Key Elements Under Discussion. [https://www.mofa.go.jp/policy/economy/i\\_property/acta/summary.pdf](https://www.mofa.go.jp/policy/economy/i_property/acta/summary.pdf)

X. Li (2008), “**WCO SECURE: lessons learnt from the Abortion of the trips-plus-plus IP Enforcement Initiative**”, Centre SUD. [http://www.southcentre.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=952%3Awco-secure-lessons-learnt-from-the-abortion-of-the-trip-plus-plus-ip-enforcement-initiative&catid=47%3Agovernance-and-intellectual-property&Itemid=67&lang=en](http://www.southcentre.org/index.php?option=com_content&view=article&id=952%3Awco-secure-lessons-learnt-from-the-abortion-of-the-trip-plus-plus-ip-enforcement-initiative&catid=47%3Agovernance-and-intellectual-property&Itemid=67&lang=en)

**Recebido:** 19/02/2021

**Aprovado:** 05/04/2021