

## RIESGOS Y OPORTUNIDADES PARA EL ACCESO AL CONOCIMIENTO

James Love  
CP Tech

### Introducción

El desarrollo de Internet y otras tecnologías de la información y comunicación (TIC) ha tenido como consecuencia un dramático aumento de la importancia de los bienes y servicios del conocimiento en los ámbitos económicos y culturales, así como en la vida privada. Paralelamente, la agenda de investigación para el desarrollo y uso de nuevas invenciones médicas ha ganado mayor atención entre el público en general y entre los decisores en materia política y, a pesar de la relativamente modesta productividad actual en relación a nuevos tratamientos, ha elevado las expectativas acerca de la posibilidad de importantes avances en la salud. Esta alza en las expectativas contrasta con políticas cada vez más agresivas en cuanto a la fijación de precios de nuevas medicinas, así como por una creciente conciencia acerca de los desequilibrios en relación a su acceso. Este desequilibrio se basa en parte en los altos precios, consecuencia a su vez de los sistemas de protección de la propiedad intelectual (PI)<sup>1</sup>. Al mismo tiempo ha surgido una variedad de nuevos métodos de creación y propagación de los bienes del conocimiento con grandes promesas en términos de la expansión del acceso al conocimiento y de la reducción de los desequilibrios en este acceso.

Los cambios en la tecnología están, en parte, conduciendo a una re-evaluación profunda y de largo alcance de las reglas bajo las cuales el conocimiento será controlado o compartido.

Ninguno de estos desarrollos está teniendo lugar en un vacío social o político. Los intereses comerciales están organizados para ejercer su influencia sobre los gobiernos y los cuerpos intergubernamentales, mientras el público en general está siendo empoderado por las nuevas TIC para desempeñar un papel más importante en estas discusiones políticas.

### **¿Qué tipo de cuestiones relativas al acceso al conocimiento son pasibles de ser tratadas en una instancia global para el establecimiento de normas?**

El rango de acción de las políticas públicas abarca un gran número de áreas, tocando virtualmente cada aspecto de la economía del conocimiento. Se han propuesto varias medidas para elevar el grado de apropiación y control del conocimiento, así como también hay numerosas propuestas, iniciativas y experiencias para expandir el acceso al conocimiento. Algunas de estas propuestas e iniciativas involucran los derechos de propiedad intelectual, mientras que otras involucran políticas que apoyan o socavan, según el caso, nuevos métodos de colaboración o nuevos modelos de negocio para la creación y propagación de bienes del conocimiento.

---

<sup>1</sup> Incluyendo patentes y derechos exclusivos para depender de datos científicos públicamente disponibles sobre la seguridad y eficacia de los medicamentos.

En este análisis las cuestiones relativas a la PI serán presentadas primero, comenzando con aquellos instrumentos que no involucran a las patentes, incluyendo tanto al derecho de autor como otros regímenes de PI “anexos”, en particular aquellos basados en inversiones en bienes del conocimiento.

### *Derecho de autor*

Los regímenes modernos de derecho de autor involucran la cesión de ciertos derechos comerciales y no-comerciales por parte de los gobiernos a titulares de formas o maneras particulares en las se expresa la información, usualmente referidas como “obras”. Estas pueden incluir obras literarias, que actualmente incluirían prácticamente todas las novelas, obras de referencia, diarios, cartas, poemas, obras de teatro, artículos, libros, bitácoras en línea (*blogs*), e incluso mensajes de correo electrónico privados no publicados; así como una variedad de otras formas como composiciones musicales y coreográficas, registros de sonidos, películas cinematográficas, pinturas, fotografías, *software*, dibujos, diseños, mapas, arreglos de información en bases de datos o avisos comerciales.

La naturaleza de los derechos varía en los diferentes países dentro de un marco global de tratados y acuerdos comerciales que establecen las normas globales. Los dos acuerdos globales principales en relación al derecho de autor son el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas<sup>2</sup> y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (TRIPS, por su sigla en inglés) de la OMC, del año 1994. En conjunto, estos dos acuerdos establecen las obligaciones nacionales básicas en relación al derecho de autor que las naciones deben respetar. En caso contrario se arriesgan a sanciones comerciales, de acuerdo a procedimientos de la OMC para la resolución de disputas<sup>3</sup>.

Los titulares de derechos de autor buscan nuevas normas globales que vayan mucho más allá de los estándares de Berna y TRIPS. Estos esfuerzos han conducido al “Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor”, del año 1996, que ha sido formalmente aceptado por más de 50 países, así como a diversos acuerdos comerciales, tanto regionales como bilaterales, que tienen importantes provisiones en relación al derecho de autor y que exceden, en gran medida, los requerimientos de los acuerdos de Berna y TRIPS.

Entre los objetivos de los tratados y acuerdos comerciales más nuevos podemos encontrar extensiones del plazo de las protecciones; nuevos y más amplios derechos económicos, tales como el derecho a poner a disposición del público una obra, obligaciones para aplicar restricciones a la circunvencción de medidas tecnológicas de protección y de gestión de derechos digitales y, en algunos casos, restricciones a limitaciones y excepciones tradicionales, tales como el otorgamiento forzoso de licencias o diversas formas de la doctrina de la primera venta (la extinción de los derechos luego de la venta de la obra). Nuevas obligaciones en esta materia aparecen también en los acuerdos de los que participan los Estados Unidos (EEUU) o la Unión Europea (UE).

<sup>2</sup> Del 9 de setiembre de 1886, completado en París el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967, en París el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de setiembre de 1979. [http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs\\_wo001.html](http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html)

<sup>3</sup> De acuerdo al Artículo 9 del TRIPS, “Los Miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) y el Apéndice del mismo. No obstante, en virtud del presente Acuerdo ningún Miembro tendrá derechos ni obligaciones respecto de los derechos conferidos por el artículo 6bis de dicho Convenio ni respecto de los derechos que se derivan del mismo”

### *Derechos relacionados (conexos)*

Existe también un grupo de derechos “relacionados” o “conexos”, algunos de los cuales son similares al derecho de autor, tales como el derecho de representar o reproducir una grabación sonora, así como otros derechos que tienen poco en común con el derecho de autor y requieren, en general, de algo de creatividad para calificar para la protección.

En algunos países los organismos de radiodifusión reciben algunos derechos, independientes del derecho de autor, acerca del material que transmiten. La base teórica para estos derechos de los organismos de radiodifusión no es el acto creativo en sí mismo sino el acto de transmisión de la información. El derecho de transmisión puede incluir material que se encuentra en el dominio público y puede constituir un nivel de derechos adicional a los concedidos al titular de los derechos de autor por el trabajo de creación.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión del año 1961, conocida como la “Convención de Roma”, establece los estándares globales para estos derechos, pero no es tan ampliamente aceptada como lo son los estándares establecidos por el Convenio de Berna para las obras protegidas por el derecho de autor. Los EEUU, por ejemplo, nunca han firmado la Convención de Roma. Los derechos de estas partes son tratados también en el Artículo 14 de TRIPS - el instrumento global más importante.

El término *sui generis*, expresión latina que significa “único en su clase”, es usado para describir derechos de la propiedad intelectual que no se corresponden con los conceptos tradicionales de derecho de autor, patentes, marca registrada o secreto comercial. Los regímenes especiales creados para otorgar protección especial a los productores de variedades vegetales, chips semiconductores o datos usados en el registro de medicamentos o químicos de uso agrícola, son algunos ejemplos de estos regímenes *sui generis*. Algunos países otorgan actualmente derechos sobre bases de datos. Este régimen *sui generis* para bases de datos es relativamente nuevo y sigue la adopción de una directiva de la UE que exige a sus miembros la protección de información incorporada a bases de datos, aún cuando esos elementos no califiquen para la protección por derecho de autor - por ejemplo, cuando los elementos están constituidos por datos y no por obras de creación. El criterio para calificar para la protección se enfoca en el esfuerzo e inversión realizados por el titular de la base de datos más que en la naturaleza creativa del trabajo. El derecho *sui generis* sobre las bases de datos tiene muchas similitudes con el derecho de transmisión. En este caso se convoca un derecho sobre la información basándose en el acto de transmisión, y no se exige al transmisor o al propietario de la base de datos que demuestre ningún esfuerzo creativo. Ambos derechos, el de transmisión y el de bases de datos, crean un nuevo nivel de apropiación de la información, además de los derechos del titular del derecho de autor (si lo hubiera) sobre la información subyacente que es transmitida.

Los regímenes *sui generis* para las bases de datos son polémicos. Un intento de 1996 para la adopción de un tratado de la OMPI sobre componentes de bases de datos no-originales fracasó y los EEUU continúan rechazando este tipo de enfoques debido, en parte, a la oposición de una coalición heterogénea de bibliotecarios, investigadores académicos, grupos de consumidores, empresas de bases de datos y la Cámara de Comercio de EEUU.

Algunos expertos han solicitado a la UE que reconsidere su directiva, a la luz de evidencia respecto a que la misma puede haber retrasado el desarrollo de nuevas bases de datos y servicios basados en el conocimiento<sup>4</sup>. La UE, sin embargo, actualmente está buscando agresivamente la extensión de este régimen *sui generis* sobre bases de datos a sus socios comerciales como parte de sus agendas de comercio.

### Limitaciones y excepciones al derecho de autor y derechos relacionados

En su forma más fuerte, el derecho de autor proporciona un derecho exclusivo para autorizar el uso de una obra pero estos derechos no son, de forma alguna, ilimitados. En muchas jurisdicciones y para varias obras o usos, las limitaciones y excepciones a estos derechos son extensas.

Las primeras limitaciones se refieren a *qué* está protegido bajo el derecho de autor. El Acuerdo de TRIPS establece que “La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”. Algunos gobiernos excluyen de la protección del derecho de autor las obras de los empleados del gobierno o los textos de naturaleza legislativa, administrativa y legal. La Convención de Berna establece que la protección no se extiende a las “noticias del día ni de los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa”. Algunas jurisdicciones, incluyendo la de los EEUU, son bastante rigurosas en excluir de la protección por el derecho de autor a la información constituida por la mera acumulación de datos, tal como aquellos libros que listan nombres, direcciones y números de teléfono.

Existen también límites temporales a los derechos, denominados como el *plazo de protección*, una diferencia importante entre la PI y los derechos sobre los bienes físicos y la propiedad real. Los plazos de protección varían en los diferentes acuerdos y son, en general, más extensos en los más recientes, particularmente en aquellos acuerdos bilaterales o regionales que incluyen a los EEUU o a la UE.

Incluso cuando las obras están protegidas pueden autorizarse, por parte del gobierno, algunos usos sin el permiso del titular del derecho, de acuerdo con reglas que incluyen estándares para prácticas justas, el pago de remuneración o la necesidad para corregir prácticas anticompetitivas. Como observa el Profesor Sam Ricketson<sup>5</sup>:

*“Durante mucho tiempo se ha reconocido que, en determinadas circunstancias, las excepciones o limitaciones al derecho de autor y a los derechos conexos pueden estar justificadas. Así, al inicio las negociaciones que dieron lugar al Convenio de Berna en 1884, el distinguido delegado suizo, el Sr. Numa Droz, afirmó que “los límites a la protección absoluta son debidamente establecidos por el interés público”. En consecuencia, el Convenio de Berna contiene disposiciones de la primera Acta de Berna de 1886, que otorga libertad a los Estados miembros para establecer limitaciones a los derechos de los autores en determinadas circunstancias”.*

<sup>4</sup> James Boyle: "A natural experiment," FT, 22 de Noviembre de 2004. <http://news.ft.com/cms/s/4cd4941e-3cab-11d9-bb7b-00000e2511c8.html>

<sup>5</sup> Comité Permanente sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, Novena Sesión. Ginebra, 23-27 de Junio de 2003. Estudio sobre las Limitaciones y Excepciones Relativas al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos en el Entorno Digital, preparado por el Sr. Sam Ricketson, Catedrático de Derecho de la Universidad de Melbourne y abogado, Victoria (Australia). [http://www.wipo.int/documents/es/meetings/2003/sccr/doc/sccr\\_9\\_7.doc](http://www.wipo.int/documents/es/meetings/2003/sccr/doc/sccr_9_7.doc)

Las naciones han implementado, en función del interés público, excepciones en diversas áreas de importancia. Como se observó por parte de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por su sigla en inglés) y en el Libro de Referencia sobre el TRIPS y el Desarrollo<sup>6</sup> del Centro Internacional para el Comercio y el Desarrollo Sostenible (ICTSD, por su sigla en inglés):

*"[...] las limitaciones para facilitar el uso privado, en la enseñanza, la investigación y otros propósitos socialmente valiosos, son generalmente consideradas un aspecto importante de las reglamentaciones del derecho de autor. En las jurisdicciones legales continentales, las leyes nacionales de derecho de autor proporcionan excepciones específicas para casos en las áreas mencionadas anteriormente. Las jurisdicciones consuetudinarias siguen las doctrinas del uso justo o del tratamiento justo, en base de las cuales excepciones similares han sido desarrolladas a través de la jurisprudencia"*<sup>7</sup>.

Según Ruth Okediji, en el artículo de próxima aparición, "El sistema internacional del derecho de autor: Consideraciones acerca de las limitaciones, excepciones e interés público para los países en desarrollo en el entorno digital", *"ha habido algunos estudios sobre las limitaciones y excepciones dentro del sistema internacional del derecho de autor [...] la difusión efectiva de los bienes del conocimiento está directamente relacionada a las limitaciones establecidas en los derechos, protegidos por patentes o derechos de autor, de los titulares de estos bienes. Las limitaciones y excepciones son un componente importante en la creación de un entorno en el cual las iniciativas domésticas y las políticas de desarrollo pueden echar raíces, específicamente en relación con la educación y el conocimiento científico básico. Una ciudadanía bien informada, educada y con habilidades es indispensable para el proceso de desarrollo."* Okediji continúa: *"A pesar de que la importancia del acceso a los bienes de conocimiento ha sido destacada en relación con los países en desarrollo, no debe pasarse por alto que el acceso es también una parte importante del equilibrio del derecho de autor en los países desarrollados"*. Las bibliotecas y las instituciones educativas, por ejemplo, proporcionan acceso también en los países desarrollados, y dependen de las limitaciones y excepciones tanto en los países desarrollados como en aquellos en desarrollo.

El Convenio de Berna establece una excepción obligatoria que permite el uso de citas de un trabajo que ha sido legalmente puesto a disposición al público<sup>8</sup> - una excepción fuertemente apoyada por las obras académicas. El Convenio de Berna también refiere específicamente algunos usos de obras en relación con la enseñanza o en la información de eventos actuales y anota algunos casos donde el uso no voluntario de obras puede ser autorizado (sujeto a una remuneración justa para los autores). Además de tales menciones específicas, existen también cláusulas más generales de excepciones en los tratados y acuerdos comerciales, que incorporan diversas pruebas de tres pasos que regulan excepciones adicionales.

Según el Convenio de Berna los países pueden permitir la reproducción de obras (1) en algunos casos especiales, siempre que tal reproducción (2) no genere un conflicto con la explotación normal de la obra y (3) no perjudique irracionalmente los intereses legítimos del autor. La misma previsión es retomada, de forma algo diferente, en el Artículo 13 del

<sup>6</sup> <http://www.cambridge.org/9780521850445>. Resource Book on TRIPS and Development, UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, Cambridge University Press, 2005. Page 186.

<sup>7</sup> (Nota al pie Nr. 160 en el texto original) Ver Carlos Correa, Fair use in Digital era, International Review of Industrial Property and Copyright Law (IIC), vol.33, No. 5/2002. Para un análisis de esta doctrina en el contexto del sistema legal de EEUU, ver R.Okediji, Toward and International faire Use Doctrine, Columbia Journal of transnational Law, vol. 39, 2000-2001, pp.75 et seq.

<sup>8</sup> Siempre que el uso sea "compatible con la práctica justa" y "no exceda lo justificado por el propósito".

Acuerdo de TRIPS. El contexto en el Acuerdo de TRIPS es más amplio, aplicándose a toda limitación o excepción de los derechos exclusivos (no sólo al derecho a la reproducción) y refiere a los intereses legítimos del “titular de los derechos” en lugar de aquellos del “autor”. Varios acuerdos comerciales bilaterales o regionales también hacen previsiones que son similares al lenguaje de TRIPS.

La prueba de los tres pasos es, en último término, política - un llamado a juicio en relación a términos ambiguos tales como “especial”, “normal”, “irracional” y “legítimo”. Bajo la Convención de Berna, los países miembros son fundamentalmente libres de hacer estos juicios por sí mismos.

### **Resolución de disputas y la prueba de los tres pasos**

Bajo el Acuerdo de TRIPS la evaluación de las pruebas de los tres pasos está sujeta a procedimientos multilaterales de resolución de conflictos y su cumplimiento está apoyado por severas sanciones comerciales. La aproximación de la resolución de disputas está siendo usada actualmente en varios acuerdos comerciales bilaterales y regionales, lo que crea la posibilidad de *forum shopping* y normas globales incongruentes. Se espera que los países en desarrollo obtengan mejores resultados en los procedimientos multilaterales de disputas, donde el número de países que remiten casos es mayor y los intereses de los consumidores probablemente estén mejor representados.

Los temas que pueden ser resueltos en los procedimientos de resolución de disputas incluyen toda la gama de excepciones gratuitas y remuneradas a los derechos exclusivos - por ejemplo, esquemas de otorgamiento obligatorio de licencias, el grado en el que ciertos usos personales, sin fines de lucro y comerciales de obras es gratuito, así como el grado de esfuerzo de los gobiernos en la aplicación de las leyes contra la infracción o la anti-circunvencción de medidas tecnológicas de protección y esquemas de gestión de derechos digitales.

Los resultados de los procedimientos de resolución de disputas serán muy influenciados por las normas globales, incluyendo la práctica estatal, los nuevos tratados y acuerdos comerciales multilaterales y regionales y varias “leyes blandas” de foros tales como la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información (CMSI) o de entidades que actúan en las áreas del desarrollo y de los derechos humanos.

El “Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor” (WCT, por su sigla en inglés) de 1996 no está actualmente referido en el Acuerdo de TRIPS, pero si se incluye a menudo en los acuerdos comerciales bilaterales. También proporciona una expresión moderna de las normas multilaterales. El preámbulo del WCT establece “*la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, como se refleja en el Convenio de Berna*”. El Artículo 10 de este tratado incluye una prueba de tres pasos, similar a la de TRIPS, además de una declaración acordada sobre las limitaciones y excepciones del derecho de autor, que expresa lo siguiente:

*“Queda entendido que las disposiciones del Artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital.*”

*También queda entendido que el Artículo 10.2) no reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna”.*

### **Extinción de los derechos (La doctrina de la primera venta)**

Un área particularmente controvertida del campo de los bienes protegidos por el derecho de autor se refiere a la extinción de los derechos del vendedor una vez que el bien es puesto en el mercado en una venta legal. Este tema puede ser referido como la “doctrina de la primera venta” o como “la extinción de los derechos” (ambas expresiones se usarán a continuación). Las políticas nacionales varían considerablemente, tanto entre países como en relación a los distintos tipos de obras protegidas por los derechos de autor.

Las políticas en relación a la doctrina doméstica de la primera venta determinan el grado de libertad que tiene el comprador de una obra para su posterior reventa, préstamo, renta o donación. Antes de que las computadoras fueran un medio importante de difusión de obras, estos temas eran una preocupación fundamentalmente para entidades tales como vendedores de segunda mano de libros o grabaciones musicales, tiendas de alquiler de videos o bibliotecas. Como consecuencia de la expansión del uso de las nuevas TIC, estos temas se han tornado mucho más complejos. Los editores de *software*, datos, música, películas cinematográficas, juegos de video y otras obras digitales buscan cada vez más limitar no sólo la reventa, alquiler, préstamos o donación de las obras, sino también las formas en que las mismas son usadas por una persona - por ejemplo, imponiendo restricciones a una obra de forma que sólo pueda ser usada en un único aparato, o por un período de tiempo limitado. El grado en el cual las leyes de protección del derecho de autor nacionales aplican restricciones sobre el comprador de una obra varía según los diferentes países.

En un sistema internacional de extinción de derechos es posible que exista un comercio paralelo de bienes protegidos por el derecho de autor - la práctica de compra de bienes en un país donde los precios son más bajos y la posterior importación de los mismos en un país donde los precios son mayores. El comercio paralelo mitiga los altos precios domésticos de los bienes protegidos por el derecho de autor. En algunas jurisdicciones se ha mostrado que las restricciones de los vendedores en el comercio paralelo son violaciones de las leyes de competencia. En otros casos estas restricciones son permitidas o aplicadas por los gobiernos.

Bajo el Artículo 6 del Acuerdo de TRIPS los gobiernos están habilitados para redactar leyes que reconozcan la extinción de los derechos de los vendedores para prevenir la reventa, alquiler, préstamo o compartición de una obra. Los países también tienen flexibilidad para reconocer la extinción de derechos tanto a nivel tanto nacional como internacional; o en algunos casos limitados, incluyendo la UE, la extinción regional.

Los titulares de los derechos de autor están buscando medidas en los acuerdos comerciales bilaterales y regionales que debiliten la flexibilidad establecida en el Acuerdo de TRIPS para reconocer la extinción de los derechos de los bienes protegidos por derecho de autor, siguiendo el éxito obtenido por la industria farmacéutica en varios acuerdos de libre comercio de los EEUU en relación a la obtención de restricciones contra el comercio paralelo de bienes patentados.

Diversos grupos de la sociedad civil, incluyendo Consumer Project on Technology (CP Tech) han realizado un llamado a reconsiderar las reglas de TRIPS para permitir el reconocimiento de la extinción de los derechos entre países con ingresos similares o más altos para ciertos bienes, incluyendo aquellos relacionados con los medicamentos y la mayor parte de los bienes protegidos por patentes o derechos de autor. Esta política permitiría el uso del comercio paralelo para sortear los abusos en la fijación de precios en países con sistemas de distribución ineficientes o monopólicos a la vez que reconocería el interés público en la segmentación de mercado entre países con niveles de ingreso muy diferentes. Esto requeriría cambios en el Acuerdo de TRIPS y en aquellos acuerdos comerciales bilaterales o regionales que tratan el tema de la extinción de derechos.

### **Medidas técnicas de protección - Gestión de derechos digitales**

El desarrollo de nuevas tecnologías digitales para almacenar, copiar y distribuir información ha creado un sinnúmero de nuevas oportunidades para compartir la información. Incluso antes de que Internet fuera ampliamente utilizada por el público en general, los editores de grabaciones musicales, películas cinematográficas y bases de datos anticiparon una expansión del copiado de las obras. Estaban preocupados porque los programadores de *software* pudieran, de forma sistemática, crear estrategias para sortear las medidas de protección que estaban desarrollando para controlar el copiado no-autorizado de obras. Al mismo tiempo, expertos académicos y grupos de bibliotecas, consumidores y de derechos digitales, así como empresas consumidoras de alta tecnología, expresaron su preocupación acerca de que las medidas tecnológicas de protección y los sistemas de gestión de los derechos digitales debilitaran la capacidad de los usuarios de aprovechar las limitaciones tradicionales y excepciones de las obras protegidas por el derecho de autor, incluyendo aquellas relacionadas con usos personales, sin fines de lucro y comerciales, ahogando la innovación en el área de las nuevas tecnologías y socavando la privacidad y la libertad.

Incluso antes que los gobiernos nacionales pudieran actuar, cuatro nuevos tratados fueron considerados en la OMPI para el establecimiento de normas globales para nuevas medidas, que darían a los titulares de los derechos de autor y a otros, incluyendo a los intérpretes y productores de obras protegidas por los derechos de autor y editores de bases de datos, nuevos poderes para controlar y realizar el seguimiento del copiado y uso compartido de la información. Dos de los tratados fueron adoptados. Sus textos finales fueron influidos considerablemente por la oposición organizada entorno a los intereses de los consumidores y reflejaron diversos compromisos y previsiones diseñados para considerar la legítima preocupación de los usuarios.

Estos dos tratados de la OMPI del año 1996<sup>9</sup> - el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT, por su sigla en inglés) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT, por su sigla en inglés) crearon obligaciones globales para la prohibición de la anti-circunvencción de las medidas tecnológicas de protección (IPM, por su sigla en inglés) y de gestión de derechos digitales (DRM, por su sigla en inglés).

La implementación de estas obligaciones en los EEUU incluyó la legislación del Acta de Derechos de Autor del Milenio Digital (*Digital Millennium Copyright Act, DMCA*)<sup>10</sup> en 1998. La DMCA contiene diversas restricciones controvertidas en relación con el desarrollo de nuevas tecnologías, así como también un conjunto de excepciones que están

<sup>9</sup> <http://www.wipo.int/treaties/en/>

<sup>10</sup> <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>



específicamente diseñadas para preservar algunos derechos de los usuarios en áreas tales como la educación o el desarrollo de productos inter-operativos.

Aunque la mayor parte de los miembros de la UE no han adherido formalmente al WCT o al WPPT, la UE ha adoptado varias directivas que tratan estos temas, la más importante de las cuales es la directiva del año 2001 sobre la protección de tecnologías contra circunvencción de tecnologías de gestión de derechos digitales<sup>11</sup>.

La obligación de incluir lenguaje anti-circunvencción/TMP/DRM está establecida en varios acuerdos comerciales bilaterales, incluyendo todos los tratados de libre comercio en los que participan los EEUU.

Muchos grupos de expertos académicos, de bibliotecas, de educación, grupos de consumidores, de defensa de libertades civiles, de *software* gratuito y organizaciones de desarrollo han lanzado un llamado a la OMPI para evaluar los riesgos que las medidas TMP/DRM presentan para el acceso al conocimiento -en particular en áreas donde las políticas públicas han favorecido, tradicionalmente, el acceso. Cuando están en vigencia, las medidas TMP/DRM expanden ampliamente los poderes de los editores para controlar los usos de las obras, cambiando dramáticamente el equilibrio entre los derechos de los consumidores y los editores.

Existe una atención cada vez mayor, no solamente sobre el impacto negativo de las medidas TMP/DRM y sobre las limitaciones y excepciones tradicionales del derecho de autor, sino también sobre los problemas relacionados con preservar el acceso a obras que ya no son comercialmente explotadas (obras huérfanas) y las formas en que los consumidores pueden usar las obras. Las nuevas tecnologías de DRM para la música y el *software* frecuentemente restringen, por ejemplo, los aparatos que puede usar una persona, así como número de veces o el período de tiempo en el cual una obra puede utilizarse.

Las medidas TMP/DRM están introduciendo grandes riesgos para la privacidad y la libertad, en la medida en que cada vez es más factible controlar los datos de los usuarios. Esto se extiende a la cuestión de la identificación de personas que difunden documentación de gobiernos o corporaciones involucradas en violaciones a los derechos humanos, por ejemplo, o cuyas actividades son contrarias a las normas sociales.

### **La propuesta de la OMPI para un Tratado sobre la Transmisión/Difusión en la Web**

La Secretaría de la OMPI y algunos Estados miembro están buscando una nueva conferencia para considerar un nuevo tratado que proporcione protección a los organismos de radiodifusión aérea, difusión por cable o a través de la Web. El tratado es altamente controvertido entre las organizaciones que representan los derechos de los consumidores y los intereses de la sociedad civil, así como también por muchos titulares de derechos de autor. La propuesta del tratado expandiría las protecciones disponibles para los organismos de radiodifusión mucho más allá de los límites establecidos por el Acuerdo de TRIPS de la OMC proveyendo nuevos derechos comerciales que se extienden a las obras que los transmisores no crean y de las cuales no son propietarios bajo las leyes de derecho de autor.

---

<sup>11</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/EU\\_Copyright\\_Directive](http://en.wikipedia.org/wiki/EU_Copyright_Directive)

El plazo mínimo de protección para los organismos de radiodifusión se extendería de los 20 años establecidos en el Acuerdo de TRIPS hasta los 50 años, aunque los derechos de la propiedad intelectual son justificados con el argumento de proteger las inversiones de los organismos de radiodifusión, más que por una contribución creativa a las obras. Estos derechos de propiedad intelectual extendidos, que son obtenidos por la transmisión de la información, serían entonces extendidos mucho más allá de las transmisiones tradicionales de radio y televisión a la Internet, donde el impacto sería mucho más problemático. Ningún país ha intentado implementar un derecho de propiedad para los organismos de difusión vía Internet, por lo que no hay antecedentes de tales regímenes aplicados a este espacio.

## **Contratos**

Un área donde las normas globales evolucionan rápidamente es la relativa al *status* de los contratos. En particular, aquellos que implican contratos no-negociados sobre obras protegidas por el derecho de autor, bases de datos y otros bienes de conocimiento. Los editores están buscando expandir ampliamente el *status* legal y el uso de los contratos para restringir el acceso a las obras y datos protegidos por el derecho de autor. Hay varios aspectos de estos esfuerzos. Uno de ellos es el relacionado a la formulación de los contratos. Los editores están buscando el amplio reconocimiento de que las presentaciones digitales de contratos incluidas en las obras deberían considerarse instrumentos legalmente vinculantes. En algunos casos, los contratos son aceptados a través de acuerdos mediados por un *click*, que son requeridos antes de que las obras puedan ser usadas. En el futuro, sin embargo, los editores buscarán la aprobación automática de los contratos entre la obra y el aparato que usa dicha obra. Parte de estos trabajos están teniendo lugar en el programa de trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para Derecho Mercantil Internacional (*United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL*).

Los editores también están buscando medidas más fuertes para lograr la aplicación de tales contactos a través de las fronteras, a través de instrumentos como la recientemente negociada Convención de la Haya sobre Jurisdicción y Aplicación de Sentencias Extranjeras (*Hague Convention on Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*), y otras previsiones similares contenidas en acuerdos comerciales bilaterales y regionales.

La aceptación de contratos no-negociados para gobernar el uso de obras protegidas por el derecho de autor tornará las leyes de derecho de autor irrelevantes y permitirá a los editores la privatización, en lo esencial, del establecimiento de políticas. Para enfrentar los problemas que esta situación presenta, la sociedad civil deberá insistir en el desarrollo de nuevas formas de tratamiento del problema de los contratos no-negociados, lo que es particularmente problemático en un mundo de transacciones a través de las fronteras.

## **Control de las prácticas anti-competitivas**

El Artículo 40 del TRIPS constituye una previsión de gran importancia para la protección del interés público que ha sido en gran medida sub-utilizada. Este artículo establece que: “Los Miembros convienen en que ciertas prácticas o condiciones relativas a la concesión de las licencias de los derechos de propiedad intelectual, que restringen la competencia, pueden tener efectos perjudiciales para el comercio y pueden impedir la transferencia y la divulgación de la tecnología” y que “Ninguna disposición del presente Acuerdo impedirá que los Miembros especifiquen en su legislación las prácticas o condiciones relativas a la concesión de licencias que puedan constituir en determinados casos un abuso de los derechos de propiedad intelectual que tenga un efecto negativo sobre la competencia en el mercado correspondiente”.

Desde el punto de vista de los procedimientos de resolución de disputas de la OMC, el Artículo 40 es extremadamente importante, porque queda fuera de la prueba de los tres pasos del Artículo 13, proporcionando un mecanismo diferente para el tratamiento de un amplio rango de temas, incluyendo, por ejemplo, fracasos en la concesión de licencias de PI en términos razonables, la fijación de precios excesivos o las restricciones que frustran la interoperatividad o la transferencia tecnológica. Entre los acuerdos comerciales bilaterales recientes de los que participan los EEUU, sólo el acuerdo entre EEUU y Chile contiene una provisión de este tipo.

### **Una agenda para el acceso al conocimiento**

El 4 de Octubre de 2004, la Asamblea General de la OMPI acordó adoptar una propuesta presentada por Argentina y Brasil para establecer una Agenda de la OMPI para el Desarrollo<sup>12</sup>.

Esta propuesta fue fuertemente apoyada por los países en desarrollo, así como también por un gran contingente de la sociedad civil. Con anterioridad a la reunión de la Asamblea General cientos de organizaciones sin fines de lucro, científicos, académicos, así como individuos a nombre personal, firmaron la “Declaración de Ginebra sobre el Futuro de la OMPI”<sup>13</sup>, donde se hace un llamamiento a la OMPI a enfocarse sobre las necesidades de los países en desarrollo y a considerar la PI como una de las muchas herramientas para el desarrollo, no como un fin en sí mismo<sup>14</sup>.

#### *El proyecto de Tratado sobre el Acceso al Conocimiento*

A continuación de la propuesta de una “Agenda para el Desarrollo” en la OMPI la sociedad civil y las organizaciones académicas, incluyendo a CPTech, lideraron una iniciativa para promover un nuevo “Tratado para el Acceso al Conocimiento”, que protegería el acceso al conocimiento y la transferencia tecnológica a los países en desarrollo<sup>15</sup>. Esta propuesta considera muchos de los temas detallados en este documento que plantean una amenaza para los ciudadanos y consumidores, particularmente en los países en desarrollo, y proporciona una lista de las previsiones en relación a las limitaciones y excepciones del derecho de autor y derechos relacionados (incluyendo limitaciones y excepciones generales al derecho de autor, doctrina de la primera venta, DRM y medidas en relación a la anti-circunvencción de TPM, obras no-originales o creativas, obras huérfanas, otorgamiento obligatorio de licencias de obras protegidas por el derecho de autor en los países en desarrollo, entre otros).

El tratado propuesto también fija límites y prevenciones para el otorgamiento de patentes, e incluye una sección especial dedicada a la promoción de medidas para expandir el acceso al conocimiento. Las medidas incluidas en esta sección buscan fortalecer las libertades de acceso a los bienes comunes del conocimiento, en particular aquellos basados en investigaciones financiadas con fondos públicos.

También han sido incluidos, en el borrador del tratado, la promoción de estándares abiertos, el control de las prácticas anti-competitivas, la transferencia de tecnología a los

<sup>12</sup> [http://www.wipo.org/documents/es/document/govbody/wo\\_gb\\_ga/pdf/wo\\_ga\\_31\\_11.pdf](http://www.wipo.org/documents/es/document/govbody/wo_gb_ga/pdf/wo_ga_31_11.pdf)

<sup>13</sup> <http://www.cptech.org/ip/wipo/FuturoOMPIDeclaracion.pdf>

<sup>14</sup> Shashikant, Sangeeta (2005), *Propiedad Intelectual y la “Agenda de Desarrollo” de la OMPI*, [http://wsispapers.choike.org/briefings/esp/sangeeta\\_ompi.pdf](http://wsispapers.choike.org/briefings/esp/sangeeta_ompi.pdf)

<sup>15</sup> El texto del borrador del nuevo tratado propuesto está disponible en <http://www.cptech.org/a2k/>

países en desarrollo y una cláusula que obliga el financiamiento de bienes de conocimiento abiertos y gratuitos.

### *Tratado de Investigación y Desarrollo (I&D) Médicos*

Un grupo de economistas, científicos y expertos en salud pública comenzaron a trabajar, en el año 2002, en un marco comercial alternativo para la investigación y el desarrollo (I&D) médicos. Esto llevó a la propuesta de un nuevo tratado marco que reemplazaría, en última instancia, los tratados comerciales existentes y planificados que tienen como foco las patentes o los precios de las drogas<sup>16</sup>.

El nuevo paradigma incluye obligaciones nacionales mínimas para el apoyo de I&D médicos, con flexibilidades en relación con los distintos modelos de negocio, reglas de la PI u otros mecanismos (tales como aproximaciones de fuentes abiertas) que los países elijan para apoyar la I&D. Existen además mecanismos de establecimiento de prioridades, incluyendo un sistema de créditos transables para inversiones en proyectos particulares que promuevan objetivos de interés social o público.

Desde 2002, la propuesta de un nuevo tratado de I&D médicos<sup>17</sup> ha sido discutida en reuniones, talleres y consultas, y se ha solicitado a varios gobiernos que evalúen el tratado propuesto. El 24 de Febrero de 2005, una carta fue presentada ante el Consejo Ejecutivo de la Asamblea Mundial de la Salud y ante la Comisión de Derechos de Propiedad Intelectual, Innovación y Salud Pública (CIPIH, por su sigla en inglés) de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Esta carta, firmada por 162 científicos, expertos en salud pública, profesores de derecho, economistas, oficiales de gobierno, miembros de parlamentos y organizaciones de la sociedad civil, afirma que el marco actual para el apoyo de la I&D médicos contiene numerosos defectos e impone importantes costos, incluyendo problemas de racionamiento y acceso a los medicamentos; marketing costoso, engañoso y excesivo de los productos; barreras para la investigación de seguimiento; distorsión de la inversión hacia productos que ofrecen poco o ningún avance terapéutico sobre tratamientos ya existentes; y escasas inversiones en tratamientos para los pobres, en investigación básica o en bienes públicos.

Los firmantes de la carta *“llaman a la Comisión de Derechos de Propiedad Intelectual, Innovación y Salud Pública de la Organización Mundial de la Salud (WHO CIPIH) a debatir sobre el marco global apropiado para apoyar la I&D médicos, y a evaluar el Borrador del Tratado de I&D. Esta iniciativa busca remodelar la política global para alcanzar mejor su objetivo de proveer ‘acceso universal a la medicina’.*

La carta también expresa que *“la propuesta de tratado reconoce la importancia de asegurar fuentes sustentables de financiamiento para la innovación, incluyendo I&D para enfermedades descuidadas y otras prioridades de la salud pública, y proporciona oportunidades para experimentar nuevos y promisorios mecanismos para financiar I&D [...] Para crear los mejores mecanismos posibles, los decisores políticos deberán considerar el más amplio rango de opciones, incluyendo esta idea innovadora, flexible y que preserva las opciones.”*

<sup>16</sup> Love, James and Tim Hubbard, *Make drugs affordable: Replace TRIPs-plus by R&D-plus*, Bridges No.6, Junio de 2004. <http://www.cptech.org/ip/health/rndtf/bridges042004.pdf>

<sup>17</sup> El texto del borrador del Tratado de Investigación y Desarrollo Médicos propuesto está disponible en el sitio web de CP Tech: <http://www.cptech.org/workingdrafts/rndtreaty4es.pdf>.