

Comité Asesor sobre Observancia

Sexta sesión

Ginebra, 1 y 2 de diciembre de 2010

INFRACCIONES Y OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL. LA TOMA EN CONSIDERACIÓN DE LAS VARIABLES SOCIOECONÓMICAS, TÉCNICAS Y DE DESARROLLO

*Documento preparado por el Sr. Sisule F. Musungu, Presidente de IQsensato**

* Las opiniones expresadas en el documento pertenecen a su autor y no reflejan necesariamente las de la Secretaría de la OMPI ni las de sus Estados miembros.

ÍNDICE

- I. INTRODUCCIÓN**
- II. INFRACCIONES DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: DEFINICIONES Y LENGUAJE**
- III. TENER EN CUENTA CABALMENTE LOS NIVELES DE DESARROLLO**
- IV. INFRACCIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y VARIABLES SOCIOECONÓMICAS Y TECNOLÓGICAS: POBREZA, IMITACIÓN Y DERECHOS EXTRANJEROS**
 - **POBREZA Y DESIGUALDAD**
 - **ESTRATEGIAS DE IMITACIÓN Y RECUPERACIÓN DEL RETRASO**
 - **DERECHOS EXTRANJEROS Y DERECHOS LOCALES**
- V. OBSERVACIONES FINALES**

I. INTRODUCCIÓN

1. La infracción de los derechos de propiedad intelectual (P.I.) y la necesidad de medidas eficaces para garantizar su observancia forman parte, probablemente, de las cuestiones más importantes relativas a las políticas públicas en el debate actual sobre un sistema de gobernanza de la propiedad intelectual. El principal desafío es elaborar políticas y leyes que contribuyan a proteger de manera adecuada y eficaz los derechos de propiedad intelectual velando, al mismo tiempo, por que las medidas y procedimientos destinados a hacer respetar los derechos de P.I. no se conviertan, a su vez, en obstáculos al comercio legítimo y no afecten negativamente los esfuerzos por promover el desarrollo humano.
2. El actual debate ha suscitado ardientes pasiones; se han intensificado las discusiones sobre cifras y estadísticas y cuestionado las motivaciones. No es sorprendente que el debate sobre la infracción de los derechos de propiedad intelectual y las medidas para garantizar su observancia tome un cariz emotivo; en efecto, los asuntos tratados, además de ser complejos, tienen consecuencias socioeconómicas importantes para los países involucrados, así como para empresas, comunidades e individuos de todos los países. En situaciones de este tipo, lo esencial es saber cuándo y de qué manera se pueden hacer avanzar las cosas donde se requiere a través de políticas y acciones concretas, y cuándo, por el contrario, actuar no se justifica o incluso puede ser perjudicial, por lo que ha de optarse por ahorrar recursos y prevenir daños.
3. En la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) se están realizando progresos en este sentido, distinguiendo mejor los problemas reales de los asuntos "inflados"; alentándose la cooperación basada en una comprensión común y se brinda la información necesaria para tomar decisiones políticas fundadas. Una parte importante de este proceso recae sobre el Comité Asesor sobre Observancia, en el cual se analizan y debaten todos los aspectos de las infracciones de los derechos de P.I.; en particular, se identifican los diferentes tipos de infracciones y lo que induce a infringir los derechos de P.I., teniendo en cuenta las variables socioeconómicas y tecnológicas y los distintos niveles de desarrollo de los Estados miembros de la OMPI, entre otras cosas.¹
4. La idea de que nuestra comprensión de los diferentes tipos de infracciones de los derechos de propiedad intelectual debe incorporar las variables socioeconómicas, tecnológicas y de desarrollo (niveles de desarrollo) de los países, así como los motivos que animan dichas infracciones, es particularmente importante en lo que atañe los países en desarrollo. La razón invocada es que:

"La mejor manera de servir los intereses de los países en desarrollo es adaptar sus regímenes de propiedad intelectual a sus circunstancias económicas y sociales específicas [...] Esto es [...] particularmente importante para los países en desarrollo, porque les será más difícil afrontar las consecuencias de costosos errores de política."²

¹ Véase el párrafo 12 del resumen de la Presidencia de la quinta sesión del Comité Asesor sobre Observancia (documento WIPO/ACE/5/11) en

http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=17445

² Comisión de Derechos de Propiedad Intelectual (Commission on Intellectual Property Rights): *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy*, Londres, 2002, página 172. Traducción no oficial.

5. El presente documento ofrece algunas reflexiones sobre los aspectos que hay que considerar para hacer avanzar la idea de que es necesario tomar en cuenta las variables socioeconómicas y tecnológicas, así como los niveles de desarrollo de los países al discutir sobre la naturaleza de las infracciones de los derechos de P.I. y los motivos que animan dichas infracciones, y al elaborar políticas y leyes apropiadas en materia de observancia de los derechos de P.I. En el documento presentamos tres argumentos básicos.
6. En primer lugar, sostenemos que el lenguaje que se utiliza en el debate acerca de la observancia tiene más importancia que la que se le ha atribuido hasta el presente. En particular, exponemos cómo el uso creciente del término "falsificación" para referirse a cualquier actividad que infringe la P.I. ha dado lugar a problemas y resistencias en la manera en que los países en desarrollo tratan las cuestiones relativas a la observancia. Tales desafíos no sólo se plantean con respecto a la elaboración de leyes apropiadas sino también con respecto a los esfuerzos por medir las actividades infractoras.
7. En segundo lugar, el documento sugiere que, si se lleva a su conclusión lógica la idea de tener en cuenta el nivel de desarrollo de la políticas, tratados y leyes en materia de P.I., es necesario que vayamos más allá del concepto de "países en desarrollo" como unidad de análisis. En efecto, sólo podremos profundizar nuestra comprensión de los tipos de infracciones de los derechos de P.I. y de sus causas si llevamos nosotros mismos a la práctica la idea de tomar en cuenta los niveles de desarrollo. Para poner esta idea en práctica se requiere que empecemos a examinar seriamente si se pueden tomar en cuenta las circunstancias específicas de los países en la elaboración de políticas y reglas internacionales de una manera que sea justa para todos los países y las diferentes partes interesadas.
8. Por último, preconizamos que se superen los supuestos y estereotipos habituales con respecto a la correlación entre un bajo nivel socioeconómico y tecnológico y la violación de los derechos de P.I., así como a la necesidad de observancia en los países en desarrollo. Este documento centra su atención en la intersección entre la infracción de los derechos de P.I. y la pobreza, la necesidad de la imitación como proceso de aprendizaje y la cuestión de los derechos extranjeros, destacando algunas dimensiones adicionales que es necesario incluir en el debate pero que actualmente son escamoteadas o totalmente ignoradas.

II. INFRACCIONES DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: DEFINICIONES Y LENGUAJE

9. Para abordar de manera eficaz los problemas en torno a las infracciones y la observancia de los derechos de P.I. se requiere un diálogo efectivo y el compromiso de una serie de actores y partes interesadas. La terminología, las definiciones y el lenguaje que se utilizan en el debate tienen importantes implicaciones para el análisis y para nuestra comprensión cabal de la complejidad de las infracciones de los derechos de P.I., incluida la cuestión de los diferentes tipos de infracciones y los motivos por los cuales se cometen. Una preocupación específica que ha sido expresada en particular en los países en desarrollo se refiere al uso de la palabra "falsificación".

10. "Falsificación" no sólo está en boca de la gente común; también la usan los expertos en P.I. y los responsables de decisiones políticas para hacer referencia a todas las infracciones de los derechos de P.I. y las grandes iniciativas que promueven la observancia de los derechos de P.I.³ Hoy tenemos el proyecto de "Acuerdo Comercial contra la Falsificación" (ACTA)⁴, el "Congreso Mundial sobre la Lucha contra la Falsificación y la Piratería"⁵, el "Grupo de Trabajo Internacional contra la Falsificación de Productos Médicos (IMPACT)"⁶, la "Acción Empresarial para detener la Falsificación y la Piratería (BASCAP)"⁷, el proyecto de ley y política contra la falsificación de la Comunidad de África Oriental (EAC), el "Grupo contra la Falsificación Global" (GACG)⁸, la "Coalición Internacional Contra la Falsificación" (IACC)⁹, etc.
11. Las ventajas de hablar de "falsificación" y "piratería", en particular en los debates políticos en torno a la observancia de los derechos de P.I., en las campañas de promoción y sensibilización del público y en el contexto de la observancia de la ley, son obvias. En su significado corriente, ambos términos sugieren fraude intencional y delincuencia. Esto explica por qué también se usa constantemente la palabra "robo" en las alegaciones de infracción de los derechos de P.I.
12. La implementación de procedimientos penales y medidas correctivas con relación a ciertos actos de falsificación y piratería está ampliamente aceptada y constituye incluso una obligación de todos los Estados miembros de la Organización Mundial del Comercio. En particular, el artículo 61 estipula que: "Los Miembros establecerán procedimientos y sanciones penales al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial." Sin embargo, el uso cada vez más generalizado de "falsificación" para hacer referencia a una gama de infracciones mucho más amplia parece tener por finalidad etiquetar como delictiva cada

³ El término "infracción", cuando se usa con respecto a los derechos de P.I., significa esencialmente una interferencia ilegal con un derecho o derechos otorgados por una patente o por un diseño industrial, una marca, un derecho de autor u otros regímenes jurídicos de P.I. en un país en el cual dichos derechos tienen validez. "Infracción" es, por lo tanto, un término de alcance general que puede aplicarse a cualquier acto que constituya una violación de algún derecho de P.I. "Falsificación" y "piratería" son términos jurídicos con un significado más restringido. En el marco del Acuerdo sobre los ADPIC (nota 14 a pie de página), "falsificación" alude al uso no autorizado, en el ejercicio del comercio, de signos idénticos o similares para mercancías o servicios que son idénticos o similares a mercancías o servicios para los cuales existe una marca válidamente registrada, salvo excepción que limite los derechos del propietario de la marca. En otras palabras, es un término relacionado en primer lugar con la infracción de marcas. Por otro lado, piratería alude a la realización directa o indirecta de copias de un artículo protegido por derecho de autor, sin el consentimiento del titular del derecho o de una persona debidamente autorizada por éste, cuando la confección de esta copia constituye una infracción. Como tal, este término se aplica a cuestiones de infracción del derecho de autor.

⁴ Se puede consultar información sobre el ACTA en los sitios Web de las diversas partes en la negociación, como por ejemplo el sitio Web del Representante de los Estados Unidos para Asuntos Comerciales (USTR) en <http://www.ustr.gov/acta>

⁵ El quinto y último congreso tuvo lugar en México en diciembre de 2009. Véanse los detalles en: <http://www.interpol.int/Public/FinancialCrime/IntellectualProperty/Congress/Default.asp>

⁶ Se puede obtener información sobre IMPACT en inglés en: <http://www.who.int/impact/en/>

⁷ El sitio Web de BASCAP se encuentra en: <http://www.iccwbo.org/bascap/id883/index.html>

⁸ Véase el sitio Web <http://www.gacg.org/>

⁹ Véase el sitio Web de la Coalición <http://www.iacc.org/>

acción de presunta infracción. Consideremos este pasaje de la revista de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), *OECD Observer*:

"La delincuencia es una buena razón para abordar la falsificación como un asunto grave de interés público, pero no es la única. Los productos falsificados son una amenaza para la seguridad y la salud pública. Arruinan a las empresas, que deben hacer frente a la disminución de sus ganancias, la pérdida de confianza de los consumidores y, en última instancia, la pérdida de valor de la marca. Tienen repercusiones en el empleo, cuando los puestos de trabajo pasan de empresas legítimas –los titulares de los "derechos"– a las partes infractoras."¹⁰

13. Estas pocas frases revelan una grave confusión de conceptos. A partir de la falsificación se establece una relación directa con la delincuencia y la salud pública; el valor de marca y los titulares de derechos constituyen el negocio legítimo, mientras los infractores representan el negocio ilegítimo o ilegal. Es evidente que el uso generalizado del término "falsificación" hace que sea más fácil justificar propuestas de leyes y tratados, campañas de sensibilización y promoción, la criminalización de una amplia gama de actividades infractoras de los derechos de P.I. y la asignación de más recursos estatales a las actividades para garantizar la observancia –que es, precisamente, lo que está pidiendo el texto de la OCDE–.
14. Mientras algunos pueden verlo como un resultado deseable, el uso desmedido de estos términos, en particular "falsificación" y "lucha contra la falsificación", dificulta el análisis de los diferentes tipos de infracciones y de lo que induce a la infracción de los derechos de P.I. También explica en parte la resistencia que ofrecen los países en desarrollo, o algunos gobiernos de países en desarrollo, frente a las iniciativas de observancia. Esto obedece como mínimo a tres importantes razones.
15. Para empezar, el uso del término "falsificación", que tiene un significado técnico específicamente relacionado con marcas y que en el lenguaje cotidiano sugiere un comportamiento intencionalmente fraudulento y delictivo hace que resulte difícil distinguir entre:
 - interferencias permisibles e interferencias ilegales con los derechos de P.I.;
 - acciones civiles y acciones criminales;
 - acciones intencionales y no intencionales; actividades comerciales y actividades no comerciales.

Si no se hacen estas distinciones, es difícil imaginar cómo se podrían analizar los distintos tipos de infracciones y los motivos que subyacen a las actividades infractoras.

16. El actual debate sobre la falsificación parece sugerir, a priori, que estamos ante una actividad delictiva y que los motivos para ella son delictivos. De hecho, una de las razones que se aducen para las dificultades que presenta la provisión de estadísticas precisas sobre las infracciones a los derechos de P.I. es que "dada su naturaleza ilegal, no existen

¹⁰ Véase el documento de la OCDE "*Counterfeiting and Piracy – Fakes, Facts and Figures*" *OECD Observer*, disponible en <http://www.oecdobserver.org/news/fullstory.php/aid/2278/>. Traducción no oficial.

datos fiables sobre las ventas de productos infractores de la propiedad intelectual".¹¹ Pero si bien esta afirmación es correcta, exige que se plantee una pregunta más amplia: ¿a partir de qué punto podemos declarar que se ha realizado una actividad ilegal?

17. Para determinar que se ha producido una infracción de cualquier derecho de P.I. es necesario efectuar una prueba de legalidad. En primer término, debemos determinar la existencia y la validez del derecho. Luego, debemos determinar si el acto objeto de la reclamación constituye una interferencia prohibida con dicho derecho. Para ello no es suficiente un examen *prima facie*, sino también un análisis de las excepciones y limitaciones que se aplican en el caso del derecho o derechos específicos de P.I. y, en algunos casos, un análisis de otras leyes. Como señala Loughlan:

"El uso de terminología del tipo "robo" en el debate actual sobre propiedad intelectual no tiene la intención de reflejar un hecho jurídico. Cuando en la película citada por la *Motion Picture Association of America (MPAA)* la imperiosa voz en segundo plano entona que "descargar una película pirateada es un robo", no se está enunciando una ley. Esta afirmación tiene por finalidad provocar y movilizar en el ciudadano común frente al usuario no autorizado de una obra protegida por derecho de autor la respuesta habitual y casi instintiva de disgusto, desprecio y desdén que le provoca un ladrón común que quita alguna cosa a otra persona con la intención de privarla de ella de modo permanente."¹²

Cuando nos expresamos de una manera que deliberadamente exagera o caracteriza de manera falaz la situación legal, contribuimos considerablemente a crear resistencias y damos pie a que se cuestionen nuestros motivos.

18. La segunda razón por la que el uso generalizado del término "falsificación" dificulta un análisis lúcido es que se usa con respecto a las infracciones de patente. En este caso particular, el uso de este concepto ha despertado o dado lugar a un pronunciado escepticismo respecto de los verdaderos motivos e intenciones de quienes abogan por la observancia de los derechos de P.I. en los países en desarrollo. Correa ha observado al respecto que los debates sobre la falsificación, especialmente cuando se trata de fármacos, "a menudo están oscurecidos por la aplicación inadecuada del concepto de "falsificación" o "piratería" a situaciones en las cuales se introducen versiones genéricas legítimas de los medicamentos sin el consentimiento de los iniciadores de éstos."¹³
19. Mara inicia su documento sobre la cobertura del debate sobre la política contra la falsificación en los medios de comunicación internacionales, publicado en Intellectual Property Watch a principios de agosto de 2010, preguntando:

"¿Son los productos falsificados ante todo una amenaza a la seguridad y la salud de las personas, o las naciones ricas provocan astutamente ansiedad al respecto como una forma de movilizar el apoyo a una mayor protección de sus derechos de propiedad intelectual?"

¹¹ Fink, Carsten (2009) "La observancia de los derechos de propiedad intelectual desde una perspectiva económica". Documento presentado en la Quinta Sesión del Comité Asesor sobre Observancia. Disponible en http://www.wipo.int/edocs/mdocs/enforcement/es/wipo_ace_5/wipo_ace_5_6.pdf

¹² Loughlan, Patricia (2007) "You wouldn't steal a car...": Intellectual Property and the Language of Theft", *European Intellectual Property Review*, 29 (10) (401-405), página 403.

¹³ Correa en Fink, Carsten and Carlos Correa (2008) "The Global Debate on the Enforcement of Intellectual Property Rights and Developing Countries", Documento temático 22, Centro Internacional para el Comercio y el Desarrollo Sostenible (ICTSD), Ginebra

Haman observa también, en el caso particular de África que:

"Diversas partes interesadas, incluidos los gobiernos africanos, suelen desconfiar de si los grandes laboratorios farmacéuticos no aprovechan la legislación contra la falsificación para frenar el flujo de medicamentos genéricos más bien que para proteger la seguridad de la población."¹⁴

Otros, como Consumers International, se quejan de que en las campañas de la industria farmacéutica "se trata a los consumidores como si fueran delincuentes"¹⁵, incluso cuando de hecho, en sentido jurídico, no se ha presentado prueba de que haya una actividad ilegal.

20. La tercera razón por la cual los esfuerzos por estirar el sentido del concepto de "falsificación" son problemáticos es que podríamos acabar deslegitimando la legislación y las políticas de protección de los derechos de P.I. Por ejemplo, en abril de 2010 el Tribunal Constitucional de Kenya emitió una ordenanza provisional para que se suspendiera la aplicación de la Ley nacional contra la falsificación de 2008 a los medicamentos, en razón de que los demandantes habían probado *prima facie* que la definición de falsificación contenida en la ley podía llevar a que se considerase como falsificaciones a los medicamentos genéricos.¹⁶ El juez consideró que los demandantes habían demostrado en grado suficiente que la aplicación de la ley con una definición amplia de "falsificación" podía afectar negativamente sus derechos humanos, incluido el derecho a la vida.
21. Por ello, a medida que procuramos comprender más a fondo los tipos de infracciones y las diversas razones que llevan a infringir los derechos de P.I. en los países en desarrollo –y no sólo en ellos–, debemos formular más claramente las definiciones. Para llegar a una comprensión común de estas cuestiones y velar por que se tengan en cuenta las circunstancias específicas de los distintos países, el lenguaje tiene un papel muy importante que cumplir.

III. TENER EN CUENTA CABALMENTE LOS NIVELES DE DESARROLLO

22. Los países en desarrollo están ampliamente integrados en el sistema internacional de la P.I., al menos formalmente. Son testimonio de esta integración el gran número de ellos que son miembros de la OMPI y han adherido a los tratados administrados por la

¹⁴ Haman, Marius (2010) "Africa Rising to the Anti-Counterfeiting Challenge", *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, Vol. 5, No. 5 (344-349), página 347.

¹⁵ Véase Malcom, Jeremy, el coordinador del proyecto de P.I. de *Consumer International* citado en: Saez, Catherine (2010), "Global IP Enforcement Push Impacting Consumer Access, 2010 IP Watchlist Finds", *Intellectual Property Watch*, 29 de abril, Ginebra. Disponible en <http://www.ip-watch.org/weblog/2010/04/29/global-ip-enforcement-push-impacting-consumer-access-2010-ip-watchlist-finds/>. Traducción no oficial.

¹⁶ Véase Mbatiah, Suleiman "Court Victory against 'Anti-Counterfeit' Agenda", *The Story Underneath*, Inter-Press Service, 23 de abril 2010, disponible en <http://www.ipsnews.net/news.asp?idnews=51168>.

organización,¹⁷ así como el hecho de que sean miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y su Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)¹⁸. Más allá de la integración formal de los países en desarrollo en el sistema internacional de la P.I., la importancia de los derechos de propiedad intelectual también está aumentando perceptiblemente en esos países a medida que sus economías se expanden y diversifican. También hay una mayor conciencia sobre los aspectos socioeconómicos y culturales en torno a los derechos de P.I. entre diversos actores económicos, sociales y políticos.

23. La rápida integración de los países en desarrollo en el sistema internacional de derechos de P.I. y los esfuerzos realizados por diferentes actores nacionales e internacionales para impulsar los derechos de P.I. en esos países han dado lugar a una actividad legislativa, judicial y administrativa que a veces alcanza un ritmo vertiginoso. Ya se trate de llevar a la práctica sus obligaciones jurídicas internacionales o de responder a la demanda en el ámbito nacional y los intereses de sus asociados comerciales, desde mediados de la década de 1990 en muchos de esos países se ha asistido a un flujo continuo de iniciativas legislativas, judiciales y administrativas. Inevitablemente, a medida que se han ido promulgando leyes y aumentando la demanda para hacer uso de ellas, el énfasis en la elaboración de políticas públicas de administración de la P.I. se ha traducido en medidas eficaces para garantizar su observancia.
24. En las subsiguientes discusiones y debates, los gobiernos de diversos países en desarrollo y una serie de otros actores, incluidas instituciones académicas, han argumentado que las normas para la observancia de los derechos de P.I. deben formularse y aplicarse teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada país. La Agenda de Desarrollo de la OMPI exhorta, por lo tanto, a abordar la observancia de los derechos de propiedad intelectual "desde el punto de vista de los intereses generales de la sociedad y de los objetivos orientados a impulsar el desarrollo."¹⁹ Por su parte, la Comisión sobre derechos de propiedad intelectual del Reino Unido había afirmado en 2002:

"La OMPI debería reconocer de manera más explícita el hecho de que la protección de la propiedad intelectual tiene tanto beneficios como costos, y hacer mayor hincapié en la necesidad de que los regímenes de propiedad intelectual sean adaptados a las circunstancias individuales de los países en desarrollo."
(Traducción no oficial).

25. Ya antes de esta declaración se reconocía, aunque de manera implícita, que hay diferencias en la manera como los derechos de P.I. funcionan en las economías avanzadas, por un lado, y en las economías en desarrollo, por otro. El Acuerdo sobre los ADPIC hizo frente al problema acomodando la aplicación de sus normas mínimas obligatorias en períodos de transición (tratamiento especial y diferencial). La construcción de una estructura de tratamiento especial y diferencial en torno a disposiciones transitorias fue justificada aduciendo que el objetivo último era conseguir "la más plena participación

¹⁷ Para saber más sobre los miembros de la OMPI y sobre la ratificación y la adhesión a los tratados de la OMPI, se puede consultar el sitio Web de la organización bajo <http://www.wipo.int/members/es/> y <http://www.wipo.int/treaties/es/> respectivamente.

¹⁸ Se puede encontrar una lista de los Estados miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en el sitio Web de la organización http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm.

¹⁹ Véase la recomendación 45 de la Agenda de la OMPI para el Desarrollo. Disponible en el sitio Web de la OMPI <http://www.wipo.int/ip-development/es/agenda/recommendations.html#f>.

[de todos los miembros de la OMC] en los resultados de las negociaciones".²⁰ En otras palabras, el Acuerdo sobre los ADPIC prevé un sistema de tratamiento especial y diferencial que se aplica a todos por igual.

26. En la última década se ha desafiado con éxito el modelo de gobernanza de los derechos de P.I. "para todos por igual" (plena participación). Como resultado, ha ganado aceptación la idea de que las normas y reglas aplicables a los derechos de propiedad intelectual deberían estructurarse de manera que "tengan en cuenta los niveles de desarrollo de los países". Pero si la idea del tratamiento especial y diferencial en el Acuerdo sobre los ADPIC es un modelo de gobernanza inadecuado para los "países en desarrollo", ¿qué significa "tomar en cuenta los niveles de desarrollo" como base de diferenciación?
27. La idea de que en los análisis sobre aspectos tales como los tipos de infracciones y lo que induce a las actividades infractoras de los derechos de P.I. se deberían tener en cuenta los niveles de desarrollo parte de las siguientes premisas: a) algunas obligaciones o enfoques de observancia puede ser demasiado onerosos para los países menos desarrollados; b) el interés de los países con distintos niveles de desarrollo con respecto a las políticas de P.I. varía; y c) los países en desarrollo necesitan un margen de autonomía en la aplicación de las políticas y leyes de P.I.
28. De esto se sigue que la noción de tomar en cuenta el nivel de desarrollo en las políticas y normas internacionales relativas a la P.I. implica al menos tres cosas:
 - Las obligaciones jurídicas internacionales y la carga de garantizar la observancia deberían depender de las circunstancias económicas, tecnológicas y sociales de un país (enfoque empírico/basado en pruebas).
 - Al formular normas y reglas, deberían tenerse en cuenta las diferencias sectoriales y las diferencias en las áreas de tecnología.
 - No se debería tratar de la misma manera a dos países, salvo que su situación fáctica sea la misma.

En la práctica, esto significa que nuestro análisis de los tipos de infracciones y de lo que induce a cometerlas no puede seguir tomando "países en desarrollo" como unidad de análisis.

29. Sólo si vamos más allá de la categoría general de "país en desarrollo" tendremos una posibilidad real de comprender qué quiere decir "una carga desproporcionada" para los países. Como han argumentado Basheer y Primi:

"Para mejorar la eficacia de la puesta en práctica de la Agenda de Desarrollo se debe reconocer que hay considerables diferencias de capacidad tecnológica entre los países en desarrollo. Algunos tienen más competencias tecnológicas que otros, y esta diferencia puede justificar la aplicación de normas separadas en los ámbitos de tecnología en los que los primeros son fuertes. De no ser así, la Agenda de Desarrollo corre el riesgo de caer en la trampa de promover un sistema uniforme para todos –una trampa que durante muchos años ha caracterizado la armonización hacia arriba de las normas de P.I., y que la Agenda de Desarrollo procura replantear y cambiar."²¹

²⁰ Véase el Preámbulo al Acuerdo sobre los ADPIC.

²¹ Basheer, Shamnad y Annalisa Primi (2009) "The WIPO Development Agenda: Factoring in the 'Technologically Proficient' Developing Countries" en De Beer, Jeremy (ed.) *Implementing the World*

Mientras el debate esté centrado en "países desarrollados" y "países en desarrollo" como objetos de análisis, el modelo y las reglas de gobernanza estarán basados en el mínimo común denominador entre economías avanzadas y economías emergentes, ya que éstas corresponden en general a los países que tienen el interés económico y el poder político y económico para formular las reglas internacionales.

30. También debe reconocerse que muchos países en desarrollo aspiran a integrarse más plenamente en el sistema de comercio internacional. Esto significa que debe encontrarse un punto de equilibrio a nivel nacional entre la idea de un margen de autonomía política y la necesidad de integrarse en el sistema de comercio internacional, que incluye el sistema internacional de propiedad intelectual. Dicho punto de equilibrio será inevitablemente distinto en los diversos países en desarrollo y en los diferentes sectores de su economía.

IV. INFRACCIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y VARIABLES SOCIOECONÓMICAS Y TECNOLÓGICAS: POBREZA, IMITACIÓN Y DERECHOS EXTRANJEROS

31. El modelo de gobernanza según el cual, al establecer normas y formular políticas y leyes de P.I., se debe tomar en cuenta el nivel de desarrollo de un país requiere que se incluyan las condiciones socioeconómicas y tecnológicas de un país o región en el análisis de costos y beneficios de las diversas acciones. En el contexto de este documento, las variables socioeconómicas y tecnológicas de los países tienen un papel importante en la forma en que pensamos y actuamos con relación a los diferentes tipos de infracciones y a lo que motiva las actividades de infracción de los derechos de P.I.
32. Las variables socioeconómicas y tecnológicas inciden tanto en el comportamiento de los consumidores como en la capacidad de los países para garantizar la observancia de los derechos de P.I. No obstante, nuestro análisis de las consecuencias en el contexto de las infracciones de los derechos de P.I. y las medidas de observancia sigue siendo superficial. Mientras que algunos de los supuestos parecen razonables, otros no resisten un examen detenido. En esta sección se examinan, por ejemplo, algunas de las dimensiones que deberían considerarse al estudiar las infracciones a los derechos de P.I.: la pobreza y la desigualdad; la función de la imitación en el aprendizaje y la difusión de conocimientos; y los derechos extranjeros y locales. Se han elegido estas tres áreas porque sustentan los principales argumentos utilizados para justificar la aplicación de un enfoque diferente de observancia de los derechos de P.I. en los países en desarrollo.

4.1. Pobreza y desigualdad

33. La pobreza y la desigualdad son dos condiciones socioeconómicas generalmente presentes en los países en desarrollo. Ambas influyen en los tipos de infracciones de los derechos de propiedad intelectual y en lo que las motiva. Esta relación tiene diferentes dimensiones que aún deben ser cabalmente examinadas en la literatura sobre el tema.

[Continuación de la nota de la página anterior]

Intellectual Property Organization's Development Agenda, Centre for International Governance Innovation (CIGI) y Wilfrid Laurier University Press, Ottawa, página 110. Traducción no oficial.

34. El Banco Mundial, que es una de las organizaciones que lideran los esfuerzos por reducir la pobreza, define la pobreza, entre otras cosas, del siguiente modo:

"La pobreza es una pronunciada privación de bienestar y comprende muchas dimensiones. Incluye bajos ingresos y la incapacidad de adquirir los bienes y servicios básicos necesarios para sobrevivir con dignidad."²²

Otro factor importante relacionado con la pobreza es la falta de voz en el debate público. La desigualdad, por otra parte, hace referencia a las disparidades en la distribución de los recursos económicos y en el acceso a servicios sociales en el seno de una sociedad.

35. En base a estas definiciones, se pueden formular algunas conclusiones básicas. En primer lugar, en la medida en que los derechos exclusivos confieren a sus titulares un poder de mercado que les permite cobrar un precio más alto que el que hubieran podido cobrar en un mercado ideal en libre competencia, los derechos de P.I. pueden tener como consecuencia excluir del mercado a los consumidores de bajos recursos. Dado que estos consumidores no tienen voz, son los que menos pueden influir en las leyes y políticas en materia de P.I. En vista de esta situación, se podría suponer que las actividades infractoras de los derechos de P.I. están en gran parte motivadas por la necesidad de acceder a mercancías y servicios básicos.²³ También se podría suponer que la mayoría de las actividades a nivel individual o familiar no responden a motivaciones comerciales ni delictivas.
36. También se puede suponer que en dos países con un producto interno bruto (PIB) comparable, el número de personas que no pueden pagar las mercancías a precios de mercado puede variar considerablemente. Es probable que un país con un índice elevado de desigualdad tenga un número relativamente alto de personas que no pueden pagar los precios de las mercancías y los servicios.
37. Sin embargo, una reflexión más a fondo sugiere que la narrativa de pobreza, desigualdad e infracciones de los derechos de P.I. puede albergar algo más. Esto resulta particularmente evidente cuando se examinan los derechos de P.I. en las dos categorías que discute Fink en el documento presentado en la Quinta Sesión del Comité Asesor sobre Observancia.²⁴ Los argumentos que se adelantan sobre la exclusión de los consumidores del acceso a los precios del mercado, sobre la necesidad de calibrar los derechos de P.I. y de abordar la observancia de manera diferente son pertinentes cuando se trata de derechos de P.I. cuya función es estimular las actividades o la inversión en invención y creación, es decir, cuando se trata de patentes, modelos de utilidad, diseños industriales, derecho de autor, etc.

²² Traducción no oficial. Esta definición se encuentra en el sitio Web del Banco Mundial <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTPOVERTY/0,,contentMDK:22569747~pagePK:148956~piPK:216618~theSitePK:336992,00.html>

²³ BASCAP, por ejemplo, los llama "consumidores en dificultad". Véanse los perfiles de compradores de productos falsificados o pirateados en BASCAP (2009) "Research Report on Consumer Attitudes and Perceptions on Counterfeiting and Piracy", BASCAP. Disponible en http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/BASCAP/Pages/BASCAP-Consumer%20Research%20Report_Final.pdf

²⁴ Véase el debate en Fink (2009); consultar nota 11 *supra*.

38. El argumento es menos pertinente cuando se aplica a los derechos de P.I. que protegen la reputación o indican el origen de las mercancías o de los servicios (marcas e indicaciones geográficas), que cumplen una función de información esencial para los consumidores. Es mucho más difícil y, en general, inexacto argumentar que los consumidores de bajos recursos no se benefician de la función de información de las marcas e indicaciones geográficas o no dan importancia al valor de estatus de los productos.

4.2. Estrategias de imitación y recuperación del retraso

39. La imitación es un importante proceso a través del cual las sociedades pueden desarrollar su capacidad tecnológica y ascender en la escala del desarrollo. En este contexto, Dutfield y Suthersanen afirman:

"La historia demuestra ampliamente que la libertad para imitar constituye una etapa esencial para aprender cómo innovar. Además, numerosos ejemplos muestran que un acceso relativamente libre de trabas a mercancías, tecnologías e información de países más avanzados estimula el desarrollo en los países menos avanzados. Ambas constataciones son respaldadas por los ejemplos de Holanda, Suecia, Japón, los Estados Unidos y los 'tigres asiáticos'. Es difícil saber por qué no serían también aplicables a los países en desarrollo de hoy."²⁵

40. También se ha aducido que un nivel elevado de protección de la propiedad intelectual asfixia la innovación y reduce drásticamente las oportunidades de aprendizaje. Maskus y Reichman sostienen:

"La desventaja competitiva inherente a los países que se desarrollan más tarde puede verse agravada por una proliferación de monopolios legales y las correspondientes barreras al ingreso que resultan de las normas mínimas mundiales de propiedad intelectual. Tales limitaciones externas a la competencia podrían consignar a los países más pobres a un estatus casi permanente en el nivel más bajo de la escala tecnológica y de crecimiento."²⁶

41. Este tipo de argumento sugiere que los países o sociedades con condiciones socioeconómicas y tecnológicas deficientes pueden necesitar menos monopolios legales o menos derechos exclusivos y diferentes estrategias de observancia. Al analizar los tipos de infracciones y lo que las motiva, puede alegarse que ciertos tipos de actividad infractora son un requisito previo necesario para el desarrollo tecnológico o, como mínimo, que ciertos tipos de actividad infractora deberían ser considerados como procesos naturales de aprendizaje de los individuos y las empresas. En tales situaciones, por ejemplo, la aplicación del derecho penal puede ser considerada contraproducente. Por lo tanto, se ha hecho valer que aplicar sanciones penales en los casos de infracción de derechos de patente:

²⁵ Véase Dutfield, Graham y Uma Suthersanen (2005) "Harmonization or Differentiation in Intellectual Property Protection? Lessons from History", *Occasional Paper 15*, QUNO, Ginebra, página 15. El documento está disponible en versión electrónica en

<http://www.quno.org/geneva/pdf/economic/Occasional/Harmonisation-or-Differentiation.pdf>.

Traducción no oficial.

²⁶ Maskus, Keith y Jerome Reichman (2004) "The Globalization of Private Knowledge Goods and the Privatization of Global Public Goods", *Journal of International Economic Law* Vol. 7, Nº 2 (279-320), página 282. Traducción no oficial.

"[p]uede constituir un factor de disuasión importante para las empresas, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, que deseen operar en ámbitos en los cuales hay invenciones patentadas. Una acusación penal acarrea muchas consecuencias negativas (pérdida de prestigio, gastos de defensa, restricciones para viajes al exterior, etc.). Incluso si el acusado puede probar su inocencia, el riesgo de hacer frente a acciones penales suele ser suficientemente fuerte para disuadir a una empresa de desarrollar actividades que el titular de los derechos pueda alegar que son infracciones."²⁷

42. Como ya ocurría en el caso de los debates sobre la pobreza y la desigualdad (ver arriba), este argumento es pertinente para la segunda categoría de derechos definida por Fink, pero no necesariamente para la primera categoría. Además, sólo tiene sentido si se aplica sector por sector. Una parte importante de la documentación histórica en la que se apoyan Dutfield y Suthersanen y otros sugiere que las estrategias de imitación y recuperación del retraso fueron aplicadas por ciertos países en sectores específicos.

4.3. Derechos extranjeros y derechos locales

43. Generalmente se considera que los países con condiciones socioeconómicas deficientes y bajo nivel tecnológico son actores periféricos en el sistema internacional de P.I. Por ello, se ha afirmado que los cambios legislativos y de otra índole que han introducido dichos países para ajustarse al Acuerdo sobre los ADPIC no guardan ninguna relación con sus intereses. El sistema de derechos de P.I. "sigue siendo visto principalmente como un vehículo para proteger derechos extranjeros. Esto a menudo influye en la respuesta al sistema."²⁸ Como resultado de dicha convicción se ha cuestionado, entre otras cosas, el papel de los gobiernos en la observancia de los derechos de P.I. Se argumenta que, puesto que los derechos de propiedad intelectual son derechos privados, es responsabilidad de los titulares de los derechos velar por su observancia. Los gobiernos sólo tienen que brindar el mecanismo legal a tal efecto.
44. Se trata de argumentos importantes que deben ser examinados con seriedad. No obstante, debemos llevar más lejos nuestro análisis. La determinación del papel de los gobiernos de los países en desarrollo debería tomar en cuenta otras consideraciones, más allá de velar por que existan procedimientos para garantizar la observancia. En primer lugar, con relación a la cuestión de la imitación tratada más arriba, se debe distinguir entre actividades *prima facie* infractoras que tienen por resultado productos alternativos (por ejemplo, medicamentos genéricos) y actividades infractores que puedan causar perjuicios a los consumidores. Como señala Fink con respecto a la demanda de que los países en desarrollo asignen más recursos a la observancia:

"Los gobiernos se enfrentan allí a otras prioridades al distribuir el gasto público. Además, la mayoría de los titulares de derechos suelen ser de origen extranjero. Por este motivo, los beneficios a corto plazo de reforzar la observancia tal vez no sean evidentes, a excepción de las situaciones en que los consumidores locales sufren un perjuicio directo."²⁹

²⁷ UNCTAD e ICTSD (2005) *Resource Book on TRIPS and Development*, Cambridge University Press, New York, página 621. Traducción no oficial.

²⁸ Sodipo, Bankole (1997), *Piracy and Counterfeiting – GATT TRIPS and Developing Countries*, Kluwer Law International, Londres, página 276. Traducción no oficial.

²⁹ Fink (2009), ver nota 11 *supra*, página 21.

45. En segundo lugar, la afirmación de que la titularidad de los derechos es predominantemente extranjera es probablemente cierta en lo que se refiere a los derechos de patente, pero no necesariamente en lo que se refiere a las marcas, los modelos de utilidad y los derechos de autor en todos los países en desarrollo. La situación puede, pues, variar según el sector, lo que quiere decir que generalizar a nivel nacional puede dar una idea equivocada. Ello sugiere que la presunción de que las actividades infractoras afectan sobre todo a los extranjeros no es siempre válida. El argumento con respecto a la defensa de derechos extranjeros y la asignación de recursos nacionales sugiere también, implícitamente, que en los países en desarrollo son predominantemente los ciudadanos nacionales quienes violan los derechos de los extranjeros. Sin embargo en algunos casos puede ocurrir lo contrario. Éste es un aspecto que necesita ser investigado empíricamente.
46. También hay que examinar más de cerca el argumento de que los gobiernos de los países en desarrollo tienen otras prioridades y por ello deberían invertir menos recursos en la observancia de los derechos de P.I. En general, en los países pobres en recursos se da el caso de que el gobierno desempeña un papel mucho mayor no sólo en la prestación de servicios sociales sino también en la prestación de servicios económicos. Si tal es el caso, ¿por qué no podrían los gobiernos, por ejemplo, brindar servicios de apoyo a los titulares locales de derechos de P.I. con respecto a la observancia de sus derechos? La cuestión no debería ser simplemente si los gobiernos deben estar o no implicados en la observancia. Es necesario examinar la conveniencia de la implicación del gobierno y la asignación de recursos a un nivel más detallado.

V. OBSERVACIONES FINALES

47. La importancia de tener en cuenta las variables socioeconómicas y tecnológicas y los distintos niveles de desarrollo en nuestros esfuerzos por profundizar nuestra comprensión de los distintos tipos de infracción de los derechos de P.I. y sus motivos es indiscutible. Sin embargo, para alcanzar el objetivo final se requiere una reconsideración de algunos supuestos con respecto a los países en desarrollo.
48. El lenguaje es un factor crucial para mejorar nuestra comprensión de la complejidad de elementos en torno a la infracción de los derechos de P.I. En este sentido, si bien en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC es una obligación sancionar la falsificación deliberada de marcas y la piratería de derechos de autor a escala comercial, el uso de términos como "falsificación" y "ladrones" para sugerir el carácter delictivo de una amplia serie de actividades de infracción puede afectar negativamente los esfuerzos que se realizan para llegar a un entendimiento común de las cuestiones que están en juego y forjar una cooperación. Las generalizaciones también pueden llevar a que de esfuerzos genuinos resulten políticas y leyes deficientes o cuestionables.
49. También hay buenas razones para ir más allá de la retórica en lo referente a la toma en cuenta de los niveles de desarrollo. A medida que reclamamos un debate basado en pruebas es necesario cuestionar francamente el uso de la categoría "países en desarrollo" como unidad de análisis. En particular, debemos examinar la cuestión de la carga desproporcionada y las consecuencias en las políticas de los países de bajos ingresos que implican unas normas internacionales establecidas sobre la base de una dicotomía general "países desarrollados – países en desarrollo".

50. La toma en cuenta de las variables socioeconómicas y tecnológicas en los análisis de temas tales como los tipos de infracciones de la P.I. y los motivos subyacentes a tales infracciones va a exigir también que se cuestionen algunos supuestos y estereotipos corrientes. La relación entre la pobreza, la desigualdad y la necesidad de imitación por un lado y la protección de los derechos extranjeros por otro deben ser analizados de manera más matizada de lo que se ha hecho hasta ahora.

[Fin del documento]