

# Globalización, propiedad intelectual y políticas públicas en América Latina

*Valentina Delich*

*The article explores the challenges posed by the dynamics of international intellectual property rights' rules and institutions over Latin American democracies. As new knowledge emerges as the center piece of the global economy, disputes over the rules determining its ownership become bitter but crucial.*

## Introducción

Ya es casi un lugar común aludir a la reconfiguración del poder mundial. La declinación de los Estados Unidos, la crisis europea, la emergencia de China y la India, las migraciones masivas, la violencia y la incertidumbre son parte de cualquier ejercicio intelectual sobre el escenario internacional. Una incertidumbre violenta y fragmentaria en un capitalismo liberal interpelado por capitalismo variopintos: capitalismo de estado, capitalismo autoritario, capitalismo concentrado, capitalismo verde...

En este marco, las reglas e instituciones creadas en el mundo analógico del siglo XX, crujen, se ensanchan y retraen para acomodarse al nuevo escenario de poder. Este artículo se ocupa de reglas e instituciones internacionales que impactan directamente en las capacidades de desarrollo económico de América Latina así como también en sus capacidades de ejercicio de la libertad de expresión, la diversidad cultural, el acceso a la información y el derecho a la intimidad, entre otros. En esta línea, las reglas e instituciones de propiedad intelectual tallan el estado democrático.

Hace ya bastante tiempo que los derechos de propiedad intelectual muestran una clara tendencia a la expansión, tanto en la materia, esto es las creaciones de las cuales se ocupa, como en la duración y extensión de los derechos de sus titulares<sup>1</sup>. Como las normas de propiedad intelectual son territoriales,

<sup>1</sup> Existen muchos indicadores de que esta extensión ocurre: el patentamiento de la materia viva ejemplifica sin duda la extensión sobre la materia. Hasta 1980 se consideraba a la materia

es decir rigen sólo dentro del territorio nacional, existe una fuerte presión sobre las normas internacionales: ellas establecen los estándares de protección que las leyes nacionales han de cumplir.

Aunque algunos autores entienden que no existe tal expansión de la propiedad intelectual sino que sólo se trata de un fenómeno de adaptación del derecho a los cambios tecnológicos, otros autores, entre los que me incluyo, apuntamos a los cambios en la organización económica y social, en particular, al rol del conocimiento y la innovación como generadores de riqueza. Si lo que genera valor en la economía es el (nuevo) conocimiento en un sentido amplio, sus mecanismos de apropiación se vuelven extremadamente disputados. Y abona esta hipótesis el hecho que la disputa ocurre sobre todas las formas de propiedad intelectual y no sólo en alguna u otra categoría (por ejemplo patentes).

Como lo remarca Jim Balsillie, “en 1975, los bienes intangibles constituían 1/6 (un sexto) del valor de las 500 compañías S&P; para el 2015 constituían 5/6 (cinco sextos). Si lo ajustamos por inflación, el valor de los activos intangibles de las empresas creció al 8,5% al año los últimos 40 años, mientras que el valor de los bienes tangibles disminuyó” y, remata “Como si fuera poco, de acuerdo a la OMPI, China es ahora el mayor solicitante de patentes, con las firmas chinas presentando más de 700,000 patentes sólo en 2014 (...) con esa estrategia tan agresiva, China va a tener probablemente suficiente propiedad intelectual para liderar su prosperidad exportando bienes con valor agregado y transformarse de a poco en una economía de salarios más altos”<sup>2</sup>.

Nos preguntamos entonces en este artículo por los desafíos que emergen de la dinámica de modificación, creación y consolidación de las reglas e instituciones de propiedad intelectual a nivel internacional, en el entendimiento que éstas no sólo enmarcan sino que circunscriben los procesos de desarrollo económico y floración social de las democracias en América Latina.

viva parte de la naturaleza y por tanto no patentable por no ser una invención humana sino un descubrimiento. En el campo del derecho de autor, el plazo de protección ha ido desde los originales 14 años del Estatuto de Ana, a los 50 años del Convenio de Berna después de la muerte del autor; los 70 años en muchos países y en algunos ha llegado a 100 años después de la muerte del autor como en México.

<sup>2</sup> Traducción propia. Jim Balsillie, *For Canadian innovators will TPP mean protection or colonialism?* in «The Globe and Mail» published January 30, 2016 updated March 25, 2017. Este artículo utilizó la versión de 2016 de esta columna <https://www.theglobeandmail.com/report-on-business/rob-commentary/for-canadian-innovators-will-tpp-mean-protection-or-colonialism/article28462854/>

*Propiedad intelectual, innovación y desarrollo*

Existe bastante acuerdo tanto en la academia como entre los empresarios y la comunidad política que la inversión (pública y privada) en investigación y desarrollo (I+D) es beneficiosa. Es que está sólidamente documentado que la innovación, al agregar valor, promueve el crecimiento, y, eventualmente, el desarrollo.

Ahora bien, además de la necesaria inversión en I+D, son los marcos regulatorios los que organizan, entre otros, los incentivos y estímulos para la generación del conocimiento así como también los mecanismos para su apropiación y explotación por los actores privados y públicos en su actuación en el ámbito económico y social.

Si la competencia y el acceso al conocimiento son los principales motores de la innovación, los estímulos a la innovación que importan la supresión (temporal) de la competencia y restringen el acceso a la información deben ser cuidadosamente evaluados. Este es el caso de los derechos de propiedad intelectual, que consisten en derechos exclusivos de explotación de los procesos o productos por veinte años o más y que, por ello, deben ser cuidadosamente equilibrados con otros derechos y necesidades humanas y sociales, tales como el acceso a la salud o el cuidado del medioambiente. Es por esto que los países diseñan y ejecutan su política de propiedad intelectual de acuerdo a su nivel y necesidades de desarrollo: para lograr el equilibrio de derechos y obligaciones de titulares y usuarios en beneficio de la sociedad toda.

Ahora bien, en el plano internacional, los países productores y exportadores de conocimiento aplicado (innovaciones) intentan que las reglas que regulan la explotación de esos conocimientos les permitan explotar monopólicamente el mayor tiempo posible y de la manera más amplia posible estos procesos y productos.

En efecto, esta pretensión de extender y profundizar la protección de la propiedad intelectual es más desprejuiciada y anárquica en el campo internacional que en el ámbito nacional, donde la necesidad y obligación de velar por el interés público así como del interés de las firmas, ciudadanos y consumidores se equilibra -en más o en menos dependiendo los países- en el marco de los procedimientos democráticos.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Existen varios ejemplos de posiciones negociadoras que importan estándares de protección aún más altos que los propios a nivel nacional. Un caso sin duda alarmante fue la solicitud estadounidense en las negociaciones de un Tratado de Libre Comercio en la cual logró que Colombia aceptara otorgar derechos exclusivos sobre los datos de prueba en productos farmacéuticos por siete años y luego el Congreso de los Estados Unidos no quiso convalidar ese estándar porque era superior al nacional de cinco años. Como consecuencia, se hizo un Protocolo Modificatorio del TLC por el cual se redujo a cinco años.

Por el contrario, los países que son importadores de tecnologías intentan su abaratamiento y su transferencia lo más pronto y ampliamente posible y, por ello, suelen impulsar normas más flexibles que promuevan una mayor y más rápida transferencia de tecnología o un acotamiento del tiempo de explotación monopólica para generar competencia en el mercado abaratando con ello los precios del nuevo producto o proceso.

### *Globalización de la propiedad intelectual*

Como se anticipó, los derechos de propiedad intelectual son derechos territoriales. Es decir, no pueden ser invocados fuera del territorio en que han sido otorgados o reconocidos sino existe alguna disposición o tratado internacional que así lo disponga. Sin embargo, la propiedad intelectual se internacionalizó tempranamente, en el siglo XIX, ante el temor y recelo que generaba, por ejemplo, concurrir a una exposición de inventos y que los mismos pudieran ser copiados libremente.

Hasta 1995, los derechos de propiedad intelectual estaban regulados en sus aspectos medulares mayormente en las legislaciones nacionales mientras que los pocos y antiguos tratados internacionales focalizaban en el principio de trato nacional (reconocerle al extranjero el mismo derecho que al nacional), en el caso de las patentes en el derecho de prioridad (no perder la novedad de la creación por el solo hecho de haberla dado a conocer en un país para obtener el patentamiento), y algunas reglas comunes a patentes, marcas, modelos y diseños industriales (Convención de París de 1883). En el caso del Convenio de Berna de 1886 que regulaba lo atinente a derecho de autor, también se incluía el principio del trato nacional y las condiciones mínimas de protección en relación a las obras y a los derechos que otorga. Luego, el Tratado de Roma (1961) agregó la protección a los intérpretes y ejecutantes (los llamados derechos conexos). Estos tres instrumentos constituían, a nivel internacional, los estándares de protección básicos de la propiedad intelectual que los Estados debían respetar.

A su turno, el foro de negociación moderno sobre propiedad intelectual era la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), una agencia especializada de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) creada en 1974. Como todas las agencias de la ONU, la adhesión a los tratados logrados en su seno, es voluntaria. Y una vez adoptados los acuerdos, el régimen de responsabilidad internacional por su incumplimiento es débil. Sin embargo, desde el año 1995, las principales categorías de derechos de propiedad intelectual están reguladas por un tratado internacional que administra la Organización

Mundial del Comercio (OMC): El Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio – ADPIC, más conocido por su sigla en inglés, TRIPS-. Aunque el ADPIC incluyó en su cuerpo los tratados internacionales principales existentes a 1995, incorporó estándares de protección más altos que los existentes en los países en desarrollo en general y en América Latina en particular.

En efecto, la negociación y adopción del ADPIC estuvo signada por un enfrentamiento entre países desarrollados (PD) y países en desarrollo (PED): es que todos los PED eran importadores de tecnologías y solicitaban normas más flexibles<sup>4</sup>. Entre los estándares más disputados estuvieron la obligación de otorgar patentes tanto a procesos como a productos, no poder distinguir campos tecnológicos o áreas a la hora de patentar y de otorgar la patente por lo menos por veinte años a partir de su solicitud.

La negociación y ratificación del ADPIC en el marco de negociaciones comerciales tuvo varias consecuencias, entre ellas: migrar las cuestiones de propiedad intelectual a un foro que prevé sanciones comerciales por incumplimiento a sus compromisos; negociar y adoptar reglas de propiedad intelectual a cambio de concesiones comerciales (por ejemplo concesiones en agricultura y textiles a cambio de estándares más altos de propiedad intelectual); y, aceptar una nueva conceptualización del trato especial y diferenciado (en vez de reglas diferenciadas de acuerdo al grado de desarrollo, aceptar la misma regla con plazos diferentes para cumplirlas).

Como expresara en otra oportunidad, el acuerdo TRIPS fue costoso para los países latinoamericanos por tres razones principales. Primero, porque los países debieron aprobar nueva legislación, crear instituciones y entrenar a los funcionarios públicos para una política de propiedad intelectual que no se ajustaba a sus prioridades de desarrollo. En segundo lugar, debido al re-acomodamiento de recursos que produjo a nivel doméstico la protección e implementación de los derechos de patentes, particularmente en el ámbito farmacéutico (que es crítico ya que el sistema de salud en nuestros países es ampliamente financiado por el Estado); y, en tercer lugar, debido a la poca capacidad del Estado de aminorar las prácticas anticompetitivas que surgen de los derechos de comercialización exclusivos que se le brindan al titular de la patente (Delich, 2007).

Se puede alegar también que el ADPIC continúa siendo costoso, dado que no se ha documentado aún que los principales beneficios que lo motivaron se

<sup>4</sup> Una de las pocas cuestiones, sino la única, que en el campo de la propiedad intelectual no produce la alineación PED /PD a su alrededor es indicaciones geográficas, solicitadas por los países europeos y resistidos por todos los demás, en desarrollo o desarrollados.

hayan materializado. En efecto, de acuerdo al Artículo 7 del TRIPS, el mismo debe contribuir a “la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y disseminación de tecnología para la ventaja mutua de productores y usuarios del conocimiento tecnológico” (...) (ADPIC, Artículo 7, Objetivos).

Ahora bien, a poco de estrenadas las normas multilaterales, fue necesario renegociarlas a solicitud de los países en desarrollo que, en su implementación, las encontraban demasiado tímidas en los campos en que constituían para ellos un beneficio y demasiado costosas en aquellas áreas que habían concedido. Es así como en el año 2001, en ocasión de una Conferencia Ministerial de la OMC, se abrió la Ronda de Doha –también conocida como Ronda del Desarrollo- para negociar algunos de los acuerdos comerciales alcanzados entre 1986 y 1994, al calor de la caída del muro de Berlín y el fin de la historia. En esa Conferencia también se adoptó la Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública.

En esta Declaración se reconoce la gravedad de los problemas de salud pública así como también la importancia de la protección de la propiedad intelectual para el desarrollo de nuevos medicamentos<sup>5</sup>. El parágrafo 4 de la Declaración expresa que “Convenimos en que el Acuerdo sobre los ADPIC no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública. En consecuencia, al tiempo que reiteramos nuestro compromiso con el Acuerdo sobre los ADPIC, afirmamos que dicho Acuerdo puede y deberá ser interpretado y aplicado de una manera que apoye el derecho de los Miembros de la OMC de proteger la salud pública y, en particular, de promover el acceso a los medicamentos para todos”<sup>6</sup>.

Sin duda, esta Declaración marcó un hito en el camino de equilibrar los derechos que los titulares de propiedad intelectual, en particular las compañías farmacéuticas, habían conseguido a nivel internacional con el ADPIC con el derecho del acceso a los medicamentos<sup>7</sup>.

Sin embargo desde el ADPIC hasta nuestros días, esta lógica de negociación – propiedad intelectual por concesiones comerciales y administración de sus disposiciones en ámbitos acuerdos comerciales - impera en el ámbito multilateral (se negocia y se resuelven las disputas en la OMC), bilateral (en los Tratados de Libre Comercio) y plurilateral ( en los mega acuerdos comerciales como el Acuerdo TransPacífico de Cooperación Económica, TPP).

<sup>5</sup> Declaración relativa al Acuerdo ADPIC y la Salud Pública, OMC, parágrafos 1 y 3.

<sup>6</sup> Declaración relativa al Acuerdo ADPIC y Salud Pública, OMC, 2001.

<sup>7</sup> Piénsese que los seres humanos tienen, a nivel internacional, también derechos reconocidos, como el derecho de acceso a la cultura, a la salud, entre otros pero que no son tan operativos en su formulación como los contenidos en los regímenes de propiedad intelectual.

Y al volverse la OMC un foro de negociación más complejo e ineficiente en términos de resultados, se potenciaron la emergencia de acuerdos comerciales variados: bilaterales, regionales, mega acuerdos, etc. En ellos es visible hoy que la agenda de los nuevos acuerdos comerciales ya no focalizan en las preferencias arancelarias, sino, principalmente, en la generación de marcos regulatorios que promuevan y consoliden la participación de las firmas en las cadenas globales de valor. Y la propiedad intelectual suele ser la cuestión más controversial no solo entre PED y PED sino también en la opinión pública.

En estos nuevos acuerdos suele utilizarse como estándar de comparación lo acordado en la OMC (en el caso de propiedad intelectual el ADPIC) y por ello cuando los acuerdos comerciales regulan más profundamente algunas cuestiones contempladas en la OMC son OMC + (plus) o cuando abarcan cuestiones directamente no abarcadas por los Acuerdos de la OMC se los denomina OMC x.

Todos los tratados de libre comercio que firmaron los países de nuestra región los últimos 20 años con los Estados Unidos y la Unión Europea son ADPIC plus. Por ello, nuestra región luce heterogénea en términos de regulaciones de propiedad intelectual. Mientras países como México, Chile, Colombia, Perú (que firmaron con Estados Unidos) y también Ecuador (que firmó con la Unión Europea) prevén, por ejemplo, la extensión de patentes por demoras administrativas o el otorgamiento de derechos de exclusividad por cinco o diez años sobre los datos de prueba presentados a las autoridades para obtener la autorización para comercializar un producto farmacéutico o agroquímico respectivamente, otros países, como Brasil, Argentina, Uruguay o Venezuela carecen de esos estándares ADPIC plus (aún).

### *El dinamismo de la innovación abierta*

La extensión y profundización de los derechos de propiedad intelectual no es un fenómeno lineal<sup>8</sup>. Sin duda la promueven muchas firmas y gobiernos pero también la modifican, limitan y resisten Estados que buscan flexibilidad para implementar políticas públicas, individuos que con sus prácticas de compartir en la red y *remixar* para crear cuestionan las normas existentes o la interpretación que de ellas se realiza y también muchas firmas que están innovando en ecosistemas de producción abiertos y compartidos.

<sup>8</sup> Piénsese que once países acaban de firmar el Acuerdo TPP como un mensaje a los Estados Unidos que decidió retirarse después de negociarlo y una de las modificaciones que todos acordaron fue retirar el capítulo de propiedad intelectual.

Entonces, actualmente y simultáneamente a la extensión, universalización y mayor observancia de los derechos de propiedad intelectual, están apareciendo necesidades, actores, ideas y propuestas que ponen en duda la efectividad del sistema de derechos monopólicos como promotor de la innovación en todas las situaciones y bajo cualquier circunstancia. En algunos casos está ocurriendo indistintamente del nivel de desarrollo de los países como en el caso de las licencias *creative commons* que flexibilizan el derecho de autor para que el propio autor decida la extensión de los derechos que retiene y que cede, del software libre, de la innovación abierta, etc. mientras que en otros casos aparece tensionando la relación de los países en desarrollo con los desarrollados (como en el caso de las licencias obligatorias en medicamentos).

En efecto, muchos autores están enfatizando la paradoja que implica estar al mismo tiempo haciendo más fuertes los derechos de propiedad intelectual en una economía que parece requerir, para innovar y crecer, volcarse también a modelos de innovación abierta.

En esta línea, Birgitte Andersen remarca que “Primero, parece paradójico que mientras la micro electrónica y las nuevas tecnologías de la información y comunicación se apoyan en la dinámica de compartir información, conocimiento, ideas y expresiones (culturales) en la nueva esfera de la innovación abierta, esto se hace más dificultoso, y a veces imposible, por la legislación de propiedad intelectual que, en su forma actual, provee derechos de protección muy fuertes (por ejemplo vía patentes más amplias, un aumento del periodo de protección de patentes y copyright, bajos estándares para considerar la altura inventiva, nuevas áreas de protección, aumento en la observancia mundial, etc.). Segundo, es también una paradoja que, mientras los gobiernos hacen a los derechos de propiedad intelectual más exclusivos y fuertes, la manera en que las firmas y la industria administran esos derechos en los sistemas de innovación abierta los hacen menos exclusivos y fuertes (...)”<sup>9</sup>

El trabajo de Andersen afirma que lo que ha pasado es que el “régimen” de propiedad intelectual, entendido como lo que ocurre en el mercado, se ha movido más por la lógica del cálculo estratégico que por las reglas de juego (representadas éstas por la legislación). Se flexibiliza el uso de lo que la legislación prevé para dar respuesta a la necesidad de innovar haciendo uso de conocimiento generado de otras maneras y en otras industrias. Y la preo-

<sup>9</sup> Birgitte Andersen, *Proposal - New Knowledge Creation Regimes: Issues concerning 'the rules of the game', 'the play of the game' and the market place for knowledge based assets* in «Global Economic Symposium», 2009, disponible en <https://www.global-economic-symposium.org/knowledgebase/the-global-economy/new-knowledge-creation-regimes/proposals/new-knowledge-creation-regimes-issues-concerning-the-rules-of-the-game-the-play-of-the-game-and-the-market-place-for-knowledge-based-assets>.



cupación que genera esta situación es que la legislación estaría promoviendo más los esfuerzos por apropiarse de la proporción más grande posible de la torta innovadora que contribuyendo a incrementar el tamaño de esa torta. En palabras de Andersen, las reglas de propiedad intelectual: “(...) can encourage (or outbalance) rent-seeking rather than welfare enhancing behavior”<sup>10</sup>.

En la misma línea, puede advertirse que un número considerable de empresas están modificando (hacia una mayor apertura) sus políticas de propiedad intelectual para poder mejorar su tasa de innovación, y con ello, su participación en el mercado e ingresos. Más allá del caso paradigmático del software libre que posee una tasa de innovación notoriamente más alta que el software propietario, Tesla, la compañía líder en coches eléctricos, anunció que dará acceso a más de 200 patentes para difundir más la tecnología y lograr que otros actores de “buena fe”, apropiándose, ayuden a mejorar y difundir más la tecnología para así fortalecer el mercado de los autos eléctricos. IBM, por caso, tiene modelos de investigación en colaboración con las universidades que incluyen donaciones y subsidios (becas para los estudiantes y para profesores); modelos de investigación abierta, en los cuales los resultados son libres, preparados por la comunidad y públicamente compartidos; tienen modelos en los cuales los resultados son sólo de libre disposición para los que participan y éstos los pueden comercializar. Y, por supuesto, siguen teniendo investigación “sponsoreada” por firmas privadas cuyos resultados son íntegramente apropiados por los que lo financiaron (ver página institucional de IBM <http://www.research.ibm.com/university/index.shtml>).

Más allá de la casuística, O. Alexy, P. Criscuolo y A Slater (2009) escribieron una pieza que describe y modeliza estos movimientos en relación al uso de los instrumentos de propiedad intelectual en el mundo de las firmas. En efecto, Alexy et al. proponen un modelo para entender cómo utilizan óptimamente los instrumentos de propiedad intelectual algunas firmas. El hallazgo más importante es que utilizar la protección en su totalidad que brinda el derecho de patentes no es necesariamente una política empresarial óptima en todas las situaciones (Alexy *et al.*, 2009).

Para estos autores la clave está en que las empresas deben balancear el uso de estrategias cerradas o propietarias de propiedad intelectual con las abiertas, dejando atrás la idea de que la propiedad intelectual es un “traje único” para toda ocasión. De acuerdo a este estudio, la propiedad intelectual no promueve la innovación cuando se adopta una perspectiva de traje único; cuando la estrategia de propiedad intelectual y la de innovación están desconectadas; cuando los abogados bloquean la innovación estableciendo quién, cuándo y

<sup>10</sup> Idem.

cómo; cuando se toma una perspectiva de “la patente es todo” y se construyen barreras a través de patentes superpuestas y excesivo secreto. Por el contrario, la propiedad intelectual permite la innovación abierta cuando la gestión de la propiedad intelectual es flexible; cuando las estrategias de propiedad intelectual e innovación abierta están integradas; cuando se hace patentamiento inteligente, lo que significa ocuparse de lo que vale la pena; cuando es vista como una oportunidad de crear valor y construir ecosistemas; y, cuando la propiedad intelectual está disponible para otros a través de la cooperación y el licenciamiento (Alexy *et al.* 2009).

Por ello, crítico para esta visión es tener un muy buen y afinado sistema interno para que la política de propiedad intelectual de la firma pueda ser ajustada y gestionada.

Coincidimos con la apreciación de estos autores en tanto y en cuanto el escenario de uso de los instrumentos de propiedad intelectual está cambiando consistentemente con una economía basada en el conocimiento. Y así como las compañías necesitan encontrar un balance entre los programas de innovación cerrada y abierta, así también debiéramos encontrar un balance de los instrumentos de propiedad intelectual en el ámbito legal estatal nacional e internacional. La principal lección tal vez sea que es importante que el marco normativo contenga opciones para que los actores puedan hacer uso de ellas y que la gestión de la propiedad intelectual debe fortalecerse para poder hacer un uso efectivo de estas opciones y no caer en la aplicación sistemática de una misma fórmula para casos de naturaleza distinta.

### *El espacio digital en disputa*

Que los procesos de producción de bienes y servicios están cambiando lo notamos en nuestra vida cotidiana. La tecnología modifica la manera en que se produce, circulan y se consumen los bienes y servicios. Y, en el camino, muchos empleos desaparecen. Apareció el e-mail y casi desaparecieron los carteros... ya son pocas las personas que escriben de puño y letra y envían cartas por correo postal. Y se crea Uber y los taxistas están en peligro, se crea Airbnb y le disputa una parte del mercado a los hoteles y residenciales, y aparece Netflix y desafía a los canales de televisión abierta y por cable y...

Si, se está reconfigurando la economía y, más ampliamente, las relaciones político-sociales y las sociedades. Y en esa dinámica, los límites de lo que el derecho de autor puede lograr y las consecuencias que acarrea un uso intensivo en el espacio digital son todavía más notorias. Y el eslabón más débil, desprotegido y vulnerable en el ecosistema económico legal conformado por regula-

ciones y mercado son los autores y los usuarios. A veces los usuarios-autores.

En efecto, la propiedad intelectual es “exageradamente” codiciada por los autores creadores individuales porque el derecho de autor “premia” (al menos materialmente) si la creación funciona en el mercado. Y lo que funciona en el mercado es notablemente una porción pequeña – y no necesariamente diversa - de lo que producen y registran en las direcciones de derecho de autor los seres humanos. Pero siempre existe la expectativa en el creador que su creación será bienvenida, elegida por el intermediario y premiada - mediante el pago - por el consumidor. Fuera de eso, ya es estándar internacional hace mucho tiempo la exclusividad de explotación de la obra por toda su vida y los cincuenta años posteriores... agregar veinte años más a ello (como la legislación argentina) o cincuenta más (como en México) puede modificar la situación económica de los herederos, de las fundaciones o de las compañías titulares de derechos, pero apenas si tiene impacto en el creador individual durante su vida (va de suyo que una vez fallecido, el derecho de autor deja de funcionar como incentivo a la creación).

Adicionalmente, como los derechos intelectuales no tienen costos sobre el fisco (porque se trata de títulos de explotación exclusiva para los titulares de los derechos) son ofrecidos para descomprimir situaciones económicas endebles, bajo la premisa que la inclusión de tal o cual creación en el régimen de propiedad intelectual o que la extensión en el tiempo de derechos de explotación exclusivos impactarán positivamente en el ingreso o el empleo. Es decir, se incrementan los años de duración de una protección enfatizando los beneficios de contar con más tiempo o sobre nuevas creaciones la explotación exclusiva y soslayando el impacto que tiene colocar el nuevo conocimiento en dominio privado (restringir sus usos y su circulación) así como también el hecho de que probablemente el mercado sólo “premie” a un número extremadamente pequeño de creadores.

Ahora bien, internet, en un principio fue considerada como la herramienta que desconcentraría la producción de bienes intelectuales culturales, evitaría o al menos le quitaría protagonismo a los intermediarios y lograría una mayor circulación y acceso de y a los bienes culturales.

Es decir, entre todas las posibilidades que abría esta nueva herramienta estaba la de desmonopolizar la producción, diversificar la creación, atenuar la gestión colectiva de los derechos y ampliar la difusión de y el acceso a las creaciones intelectuales y culturales. Y esto era importante, adicionalmente, porque una de las consecuencias no queridas del funcionamiento de los derechos de propiedad intelectual en el mundo analógico había sido la concentración de la industria cultural (de la producción, de la distribución de los bienes culturales y del acceso a ellos).

Efectivamente, en la era analógica, las llamadas industrias culturales y del entretenimiento se volvieron poderosas y establecieron relaciones asimétricas tanto con los creadores como así también con los usuarios, además de que la propia industria se concentró generando un marco de poca competencia y diversidad en la producción de bienes culturales.

Por supuesto, es innegable que a partir de la red la circulación de los bienes ha explotado y que la producción por fuera de las industrias ha crecido notablemente. En esta línea, los usuarios se han visto beneficiados por un mayor acceso. Y los creadores han encontrado un espacio de creación y canales de difusión de sus obras antes inimaginados.

Sin embargo, y aunque han cambiado los modelos de negocios y los actores principales, también y simultáneamente notamos que el espacio digital tiende a la concentración: Google, Facebook, Youtube, Netflix y unos pocos más ... casi uno por categoría. La concentración en la industria tecnológica-social-cultural aparece importante.

Y cuando ponemos la atención en los pagos en regalías a los autores, aún Netflix o Spotify cuyos contenidos son vistos por millones de personas, no generan para los autores remuneraciones significativas.

Entonces, han cambiado los procesos de producción, distribución y acceso a los bienes y servicios gracias a internet, han mutado los actores principales, pero lidiamos aún con algunos de los problemas que enfrentábamos en el mundo analógico: concentración en grandes actores en la red y baja remuneración de creadores individuales. Y hemos agregado algunos desafíos, propios de los nuevos modelos de negocios: la pérdida de intimidad de los usuarios, la manipulación de sus datos personales (en el mejor de los casos, solo a los efectos de campañas de marketing), la presión para la fiscalización pre y post sobre los contenidos, entre otros.

Internet constituye hoy una plataforma sobre la cual se han desarrollado diferentes tipos de servicios que vale la pena distinguir. En la red coexisten tanto aplicaciones del tipo de whatsapp (fundamentalmente hasta ahora un servicio de mensajería) con HBO, Netflix o Youtube con contenido audiovisual, tanto generado por los usuarios sin intención comercial como por creadores independientes y empresas con ánimo de lucro. Una de las diferencias fundamentales entre estos servicios y los “tradicionales” de TV o cable, es que el usuario ya no depende de lo que el canal programa para él en un día y horario especificado sino que el usuario-consumidor mismo elabora su propia grilla o menú.

En los primeros años del Siglo XXI, Tim Wu, en aquel entonces profesor en la Universidad de Virginia, publicó un artículo que resultó basal en la regulación de internet: se titulaba “A Proposal for Network Neutrality”. Allí Wu se preguntaba cuál principio podría equilibrar los intereses legítimos de

los proveedores de internet con el naciente mercado de las aplicaciones en o sobre internet. Y cómo ese principio podría ser formulado de manera que proveyera un principio legal claro y que guiara la práctica en el diseño de la red. Tal principio según Wu, es el principio de neutralidad de la red (Wu, 2002:2).

El principio de la neutralidad de la red impide a los proveedores de internet, en ausencia de daño, restringir lo que los usuarios hacen con la conexión a internet; les impide discriminar –haciendo más rápidas por ejemplo - unas conexiones sobre otras. En el inicio mismo del artículo Wu nos recuerda que “As the D.C. Circuit once said of the Bell system, the consumer has a right “reasonably to use his [connection] in ways which are privately beneficial without being publicly detrimental (Wu, 2002:1).”

Aunque el principio de neutralidad de la red está bien establecido, su aplicación no está exenta de controversias políticas y judiciales. En los Estados Unidos, por ejemplo, existe un agrio debate sobre qué agencia y en base a qué principios y normas regulatorias se vela por la observancia de la neutralidad de la red: la Federal Communications Commission (FCC, la máxima autoridad en comunicaciones) o la Federal Trade Commission (FTC, la máxima autoridad en relación a los derechos del consumidor).

La FCC en el año 2005 dio a conocer un “Open Internet Policy Statement” de acuerdo al cual los consumidores tienen derecho a acceder a los contenidos, servicios y aplicaciones legales de su elección en un mercado competitivo. Es decir, los proveedores de internet no pueden bloquear o ralentizar el tráfico (por ejemplo como hacía un Internet Service Provider -ISP- con BitTorrent). La cuestión entonces derivó en si era legal priorizar algún tipo de tráfico pago de por medio. En uno de los casos que más atención pública concitó se discutió si los proveedores de internet podían realizar acuerdos comerciales con empresas como Facebook y a cambio de más dinero ofrecer una vía más rápida para sus contenidos. Fue de tal magnitud la reacción de la sociedad civil, que la FCC determinó que priorizar el tráfico a cambio de mayor pago estaba prohibido. Sin embargo, a finales del año 2017, la FCC anunció que devolvería la observancia de la neutralidad de la red a la FTC: si así fuera la observancia se haría caso por caso y se basaría en legislación general y no en legislación específica sobre la neutralidad de la red hasta que el Congreso de los Estados Unidos decida legislar sobre este asunto. Finalmente, en una sesión del mes de marzo de este año, la FCC, en una votación dividida, terminó con la neutralidad de la red, y por lo tanto en Estados Unidos se puede priorizar unos servicios –dándole más velocidad-sobre otros en base a acuerdos comerciales

En América Latina, algunos países avanzaron en la incorporación de una norma específica. Este fue el caso de Chile, pionero en nuestra región, que

sancionó la Ley 20.453, conocida como «Ley de neutralidad en la red»; también es el caso de Brasil donde se legisló a través del Marco Civil de Internet (ley 12.965, de 2014) que establece explícitamente la neutralidad de la red y el caso de Argentina (Ley Argentina Digital) entre muchos otros.

Polémica mediante, Tim Wu publicó un libro en el año 2011 titulado “The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires” que retrata el desarrollo de las tecnologías de la comunicación. Se ocupa del teléfono, el cine, la radio y la televisión. El argumento central es que estas tecnologías responden a un ciclo: empiezan como abiertas, desordenadas, diversas y creativas y terminan capturadas por los intereses de la industria.

Y mucho más recientemente, en una entrevista que concedió a The Guardian, Wu afirmó: “Tenía la esperanza de que el ciclo histórico se hubiera roto, pero la lógica económica ha probado irresistible. Todos pensamos que la red, en particular, sería más competitiva. Sin embargo, como dijo Lenin, “la cantidad tiene una cualidad propia” y durante los últimos años se ha visto la emergencia de una clase de empresas super poderosas generados por la vieja escuela de la economía de escala – particularmente Facebook, Google y Amazon – que tomaron control sobre sus respectivas áreas y no parece probable que sean desbancadas próximamente. En términos generales, si Ud. mira el ecosistema de la red, Ud. verá menos un mercado competitivo que una sucesión de firmas dominantes globales, al menos tan lejos como podemos mirar, seguidas por un pequeño grupo de firmas que se disputan las sobras (traducción propia)<sup>11</sup>”.

Y agregó: “Existe una dura, aunque vieja lección en el destino de la red, a saber, que preservar cualquier cosa de espíritu público toma más que buenas intenciones – requiere alguna estructura institucional que mantenga el espacio para que saque lo mejor de nosotros. Mirando hacia atrás a los 00s, el gran error de los idealistas de la red fue no crear instituciones para preservar lo que era bueno de la red (que era abierta, que era un espacio para voces diversas y su amateurismo) y mantener a raya lo que era malo (el trolling, el ciberzuelo, la publicidad excesiva e intrusiva, las violaciones de seguridad). Hubo demasiada fe que todo se iba a cuidar solo y que los *netizens* eran diferentes (traducción propia)<sup>12</sup>”.

A nivel internacional y desde la sociedad civil, en el año 2015 un grupo de organizaciones de la sociedad civil presentó y adoptó los Principios de Manila sobre responsabilidad de intermediarios. De acuerdo a estos principios: Los

<sup>11</sup> Tim Wu, *The internet is like the classic party that went sour* in «The Guardian», international edition, 8 de enero de 2017, disponible en <https://www.theguardian.com/technology/2017/jan/08/tim-wu-interview-internet-classic-party-went-sour-attention-merchants>.

<sup>12</sup> Idem.

intermediarios deben ser protegidos por ley de responsabilidad por el contenido de terceros (el inc. d de este principio reza: los intermediarios nunca deben ser responsabilizados conforme los lineamientos del modelo de responsabilidad objetiva por alojar contenido ilícito de terceros, ni deben ser obligados a monitorear contenido proactivamente como parte de un régimen de responsabilidad de intermediarios); No debe requerirse la restricción de contenidos sin una orden emitida por una autoridad judicial; Las solicitudes de restricción de contenido deben ser claras, inequívocas, y respetar el debido proceso; Las leyes, órdenes y prácticas de restricción de contenidos deben cumplir con los test de necesidad y proporcionalidad; Las leyes, órdenes y prácticas de restricción de contenido deben respetar el debido proceso; La transparencia y la rendición de cuentas deben incluirse dentro de la normativa, políticas y prácticas sobre restricción de contenido.

Aunque los nuevos desafíos que plantea internet sin duda involucran las normas de propiedad intelectual, éstos no se agotan ni abrevan mayormente en ese cuerpo normativo. Muchos de los conflictos que se suscitan y que a veces llegan y se resuelven en instancias judiciales incluyen alegaciones de violaciones de las normas de propiedad intelectual, pero abarcan también alegaciones y normativas referidas a la libertad de expresión, al derecho a la imagen o a la intimidad, a la protección y uso de los datos personales, a la responsabilidad de los proveedores de servicios, entre otros.

Cada vez más salen a luz prácticas que menoscaban la democracia porque restringen, direccionan y manipulan el acceso a las creaciones intelectuales. Facebook por ejemplo, ha sido denunciada por censurar obras de arte con desnudos<sup>13</sup>; YouTube está siendo objeto de muchas investigaciones por los efectos que produce que “nos sugiera” información que un algoritmo considera apropiada o relevante de acuerdo a nuestras ideas e interés. No solo porque pareciera que YouTube nos “facilitaría” el desencuentro con lo distinto y lo diverso a nuestra información, creencia u opinión, volviéndonos monogámicos culturalmente sino porque algunas investigaciones estarían apuntando a que “radicaliza” nuestras ideas al sugerirnos, dentro de la selección de posibles contenidos de nuestro interés por afinidad, los más radicales<sup>14</sup>; está en discu-

<sup>13</sup> Ruben Rios, *Por qué Facebook censura obras de arte?* in «Perfil», Sección Cultura/Arte, 18 de marzo de 2018. Rios trae a colación la censura de Facebook en el año 2011 del cuadro El origen del mundo de Gustave Courbet y en 2012 de una de las obras de la retrospectiva de Gerhard Richter que se realizaba en el Centre Pompidou, en Francia y que mostraba una mujer desnuda que bajaba por una escalera.

<sup>14</sup> Ver por ejemplo Zeynep Tufekci, en un artículo aparecido en «The New York Times International», weekly y reproducido en el «Diario Clarín de Argentina» el 17 de marzo de 2018, *YouTube, el gran radicalizador del siglo XXI*.

sión la situación de los memes, que se caracterizan por intervenir fotografías, dibujos, marcas. Aunque a algunos nos parezca obvio que puede asimilarse a la parodia y por tanto no estar en conflicto con el derecho de autor y que además son extremadamente saludables para la democracia, no sólo puede entrar en conflicto con el derecho de autor en muchas legislaciones, con el derecho a la imagen y con el derecho a la intimidad sino que es objeto de campañas y normas que lo regulan. Así, Mozilla, ha iniciado una campaña para que se actualice la legislación europea y no quede margen de duda que los memes no violan el derecho de autor<sup>15</sup>.

Por todo esto, es importante no encapsular el régimen de propiedad intelectual, en el sentido que los tratados y normas de propiedad intelectual deben incluir además de un detalle de los derechos de los titulares, además de las excepciones (como el derecho de cita, o el uso justo) también deben incluir en su propio cuerpo normativo disposiciones no excepcionales, de igual rango de interpretación (porque las excepciones se interpretan restrictivamente), que equilibren los derechos de propiedad intelectuales con otros derechos tan o más valiosos para los seres humanos como la promoción de la innovación.

### *Desafíos para América Latina*

El plexo normativo de la propiedad intelectual aparece tensionado por la menos por cuatro factores: la emergencia del conocimiento como clave para agregar valor en la economía global y la disputa que sobre los mecanismos que lo regulan se dispara; el desarrollo tecnológico que habilita prácticas sociales disruptivas del orden analógico, prácticas no propietarias y cooperativas; las prácticas de las firmas que utilizan las normas sólo parcialmente para poder aprovechar las nuevas formas de producción e innovación abierta; y, las prácticas de los países en desarrollo que utilizan la flexibilidad que quedó en el ADPIC (y que resisten seguir negociando reglas más profundas) para poder implementar políticas públicas que mejoren el acceso a la salud, la educación y la cultura.

Tensión sobre las reglas y los foros e incertidumbre dominan el escenario internacional. La tendencia hacia la expansión y profundización de la propiedad intelectual no es lineal ni está determinada. Sirva de ejemplo la reciente firma del TPP, ámbito en el cual los países que lo habían negociado decidieron ratificarlo aun cuando Estados Unidos se retiró. Sin embargo, entre las disposiciones que decidieron eliminar aprovechando la ausencia de los Estados

<sup>15</sup> [http://www.lasexta.com/tecnologia-tecnoplora/internet/mozilla-crea-campana-que-memes-selfies-paguen-derechos-autor\\_2016092857fd3d6e0cf2fd8cc6b211ab.html](http://www.lasexta.com/tecnologia-tecnoplora/internet/mozilla-crea-campana-que-memes-selfies-paguen-derechos-autor_2016092857fd3d6e0cf2fd8cc6b211ab.html).



Unidos estaban las disposiciones de propiedad intelectual. Tal vez haya más aliados a la hora de bregar por no profundizar más la propiedad intelectual.

En América Latina la situación es heterogénea. Mientras algunos países ya tienen estándares ADPIC plus sobre todo en materia de patentes, y por tanto sólo pueden aprovechar las flexibilidades existentes, otros aún tienen un poco más de espacio para diseñar políticas públicas que equilibren la explotación monopólica del conocimiento. Además, aunque América Latina hasta ahora ha logrado mantener los principios básicos de funcionamiento de la red que garanticen su neutralidad en la explotación y la libertad de expresión, las acciones de los países difieren en relación a la presión que colocan sobre la incompatibilidad de las prácticas sociales con el derecho de autor en particular. En este punto, el desafío, más que perseguir eficientemente a los usuarios sin fines de lucro con las leyes de propiedad intelectual, valdría la pena trabajar sobre las normas de propiedad intelectual para que den cuenta de los otros derechos que se ponen en juego en la vida ciberespacial: el derecho a la intimidad, a la no manipulación de los datos personales, etc.

Finalmente, América Latina tiene necesidades significativas de inversión, innovación y desarrollo. Por ello, debería inclinarse por una política de propiedad intelectual que de cuenta de la importancia de promover la innovación en un sentido amplio – abierta y cerrada – a través de la protección de la propiedad intelectual pero que incorpore mecanismos que funden una economía competitiva e inclusiva (en el sentido que deje puentes para que los sectores puedan hacer un up grade tecnológico y ser capaces de usufructuar eventualmente ellos también los estándares).

Sin embargo, llevar adelante este objetivo en la negociación internacional de propiedad intelectual es harto complejo porque al detallarse y comparar los capítulos de propiedad intelectual de los acuerdos que se han firmado en América Latina o que se están negociando, la característica común a todos es la extensión de la protección de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, el fortalecimiento de su observancia y la depreciación de las flexibilidades del sistema<sup>16</sup>.

Sin duda la revitalización de la negociación de acuerdos comerciales de la que somos testigos en la región es la estrategia actual de los países latinoamericanos intentando generar instrumentos que enmarquen proyectos y horizontes de inversión, que los doten de espacios y vínculos formales con sus socios en donde avanzar intereses comerciales e insertarse en las cadenas de valor, que les dé acceso rápido a productos ya competitivos y que siembre para aquellos que podrían internacionalizarse.

<sup>16</sup> En este punto se pueden consultar los excelentes trabajos de Alvaro Diaz para la CEPAL o Pedro Roffe para el ICTSD.

El desafío entonces sería algo así como lograr estándares de propiedad intelectual que sean los suficientemente altos para incentivar la inversión y la innovación, pero no tan altos que excluyan y marginen nuestros productores o que los excluyan por demasiado tiempo (o consoliden la exclusión) de aquellos sectores que podrían o debieran “catching up” competitivamente.

Entiendo que este equilibrio solo podrá ser logrado a lo largo de la negociación haciendo un ejercicio de evaluación de cada regla que se modifique en relación a los sectores directos que afecta así como en relación al sistema de propiedad intelectual considerado integralmente, es decir, integrando al análisis los otros derechos impactados.

El dilema de la política pública que implica la negociación internacional de estándares de protección de la propiedad intelectual más amplios y extendidos para los países en desarrollo ha sido remarcado para el caso de Chile por Alvaro Díaz: « Imposibilitados de retornar a la era pre-ADPIC o pre-OMPI y sin los márgenes de maniobra de países como Brasil y Argentina, los países que negociaron tienen esencialmente dos opciones: o establecen regímenes de propiedad intelectual que sólo tienen incidencia en la economía formal, mientras continúa desplegándose una economía informal y una economía negra que compensa las insuficiencias de la política pública. O construye un sistema balanceado de instituciones, donde utiliza intensivamente las flexibilidades disponibles en las reglas de propiedad intelectual, expande los sistemas de defensa de la competencia y derechos del consumidor, desarrolla la educación y el acceso a la información y el conocimiento, al tiempo que impulsa una política de ciencia y tecnología que hace progresar los sistemas de innovación y aprendizaje »(Díaz, 2006:14).

Son tiempos de incertezas y no existe el recetario de reglas que deberíamos construir para lidiar con la globalización de la propiedad intelectual. Pero, aún así, los países de América Latina no debieran avanzar solos. Liderar, construir y ordenar una melodía regional sería más efectivo. América Latina es un proyecto político que condensa nuestras ideas de paz, confianza mutua y democracia en la región. Lo segundo que debemos tener en cuenta es que todas las negociaciones internacionales son asimétricas porque no existe el que ordene el juego allí, pero algunas tienen resultados más asimétricos que otros: depende de la naturaleza del foro negociador. En foros con procedimientos de negociación más inclusivos hay más chance para un país o una región pequeña (digamos que participa en un 5% del comercio mundial) de lograr que sus intereses e ideas influyan. Entonces, la defensa del sistema de reglas debe ser una prioridad. La mejor apuesta – aún falible – es fortalecer las instituciones, mecanismos y procedimientos que tal vez hagan que las reglas internacionales

reflejen, aún en una pequeña proporción, nuestras ideas e intereses. Lo tercero se relaciona con las reglas substantivas o compromisos, que ordenan la vida internacional forjando ganadores y perdedores: tal vez no podamos formular las reglas porque no tenemos suficiente poder o porque la producción global está en plena mutación o porque... Pero, aún así tenemos intereses concretos que nos sirven para evaluar los compromisos que se discuten en la mesa de negociación de la propiedad intelectual. En este sentido, y si estamos en la sociedad del conocimiento y la economía de la innovación, nuestra acción y decisiones debieran estar marcadas en todos los niveles por un esfuerzo denotado en mejorar las capacidades latinoamericanas de producir, transferir y utilizar el conocimiento.

### Referencias

- Alexy, O., Criscuolo, P. & Salter, A. (2009), *Does IP Strategy Have to Cripple Open Innovation ? Does IP Strategy Have to Cripple Open Innovation ?* in «MIT Sloan Management Review», 51(1), pp.71-77.
- Valentina Delich (2007), *Negociaciones internacionales, salud y liberalización comercial: un problema de 'global governance' en Derecho a la Salud y Servicios de Salud en el orden internacional y regional*, editado por Eve Rimoldi de Landman, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, pp. 271-286.
- Álvaro Díiaz (2006), *TLC y propiedad intelectual: desafíos de política pública - en 9 países de América Latina y el Caribe*, Cepal Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Oficina en Brasil LC/BRS/R.163, Octubre de 2006, Original: Español.
- Tim Wu(2002), *A Proposal for Internet Neutrality*, June, paper <http://www.timwu.org/OriginalNNProposal.pdf>.

