

Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales – FLACSO Argentina

Área de Relaciones Internacionales

Tesis para obtener el título de maestría en Relaciones Internacionales

Cohorte 2016-2017

**AGENDA DE OBSERVANCIA Y SECURITIZACIÓN DE LAS
INFRACCIONES DE PROPIEDAD INTELECTUAL**

Andrés López Cabello

Directora Valentina Delich

Buenos Aires, diciembre 2019

La historia que sigue ilustra los límites porosos entre las esferas nacionales e internacionales, los sectores públicos y privados, las ideas y los intereses. Esta porosidad refleja la complejidad de un mundo en el que las empresas multinacionales son los principales agentes de internacionalización y están a la vanguardia de las nuevas formas de diplomacia y regulación global. (Sell, 1999:175)

Agradecimientos

Escribir esta partecita, que va al comienzo y es una especie de presentación, significa también que ya el resto, lo que viene, está escrito y apenas queda agradecer. Alivio y alegría son los sentimientos que flotan en la sala.

Los procesos, aun aquellos personales como este trabajo, no se dan en el vacío. Es en un contexto de relaciones que se hacen posibles. Por eso, vale parar y pensar, agradecer y reconocer a quienes fueron parte de esto, que ya está cerrando.

Como primera cuestión, quiero agradecer a la dirección y cuerpo docente de la Maestría en FLACSO. Y especialmente a Diana, por las palabras de aliento desde los inicios y la introducción a lecturas que me abrieron el campo, como el trabajo citado en el epígrafe.

También a Valentina, mi directora, por el esfuerzo de acompañar, leer y comentar este trabajo. Y a Marcelo, quien en el comienzo del proceso puso sus energías para guiarme en el incipiente desarrollo de este camino.

Porque sin su proyecto este trabajo habría sido infinitamente menos rico en discusiones y autores, a Alexandra Elbakyan, gracias por remover las barreras en el camino de la ciencia.

A mis compañeros de “Sur Global” con quienes surfeamos la ola de la alegría de los años que nos tocó vivir. Sin ellos, intentar escribir y estudiar no habría sido lo mismo. Mucho más que una cohorte, un grupo de amigos con cariño para regalar.

A mis padres, que desde siempre han acompañado desde el amor y la comprensión. Esta vez, desde lejos, también fueron parte del proceso. Lo mismo que mis amigos del cabo.

Y, siempre, a mi compañera, Ce. Que no sólo estuvo para acompañar, escuchar y sostener este proceso de estudio y luego escritura que, por momentos, parecía interminable, sino que estamos y nos acompañamos y disfrutamos juntos esta travesía grande. Que, seguro, es como la miel. Gracias por estar, por pensar, por soñar, por bancar, por querer.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	9
La estructura de este trabajo	13
Respecto del término observancia/ <i>enforcement</i>	15
CAPÍTULO 1: El marco jurídico internacional de protección de la propiedad intelectual	16
Antecedentes	17
Un <i>patchwork</i> legal	21
Controversia y abolicionismo	23
El trinquete se ajusta, para arriba	30
La protección global, la Ronda de Uruguay y el Acuerdo sobre los ADPIC	32
CAPÍTULO 2: El <i>enforcement</i> como agenda propia	44
La agenda de observancia de las normas de propiedad intelectual	44
Diversos y nuevos actores	49
Medidas para una observancia reforzada	53
La criminalización expansiva de las infracciones de propiedad intelectual	56
Más y más robustas medidas en frontera	61
ACTA, TPP y el <i>gold standard</i> de la observancia	66
Las “mejores prácticas” de la industria	71
Socialización de costos y securitización en la agenda de observancia	72
CAPÍTULO 3: La securitización de las infracciones de propiedad intelectual	75
La securitización como abordaje teórico	75
Aproximaciones a la relación entre securitización y propiedad intelectual	80
Algunas prevenciones	83
CAPÍTULO 4: Las medicinas falsas y una gran carpa de protección	85
Las disputas en la Organización Mundial de la Salud y la iniciativa IMPACT	87

Abordajes críticos de las iniciativas anti falsificación basadas en los peligros a la salud pública	92
Reflexiones adicionales sobre las medicinas falsas y la propiedad intelectual	99
CAPÍTULO 5: Propiedad intelectual, terrorismo y crimen organizado	101
La construcción del vínculo	101
Crimen organizado en el Derecho Internacional.....	114
¿Triple Frontera, terrorismo y propiedad intelectual?.....	117
Reeducando sobre la gravedad del “crimen de propiedad intelectual”	124
Observancia de propiedad intelectual y lucha antiterrorista	128
CAPÍTULO 6: Simbolismos y lenguaje en la disputa de propiedad intelectual. De privilegios y derechos, del <i>hard work</i> y los piratas	132
Los derechos	133
Los piratas.....	135
El evangelio antipirata.....	140
REFLEXIONES FINALES	143
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	146

INTRODUCCIÓN

El propósito de esta tesis es explorar cómo un derecho de propiedad privado sobre un bien intangible se transformó en un asunto en el que recursos públicos escasos y denodados esfuerzos estatales son destinados a reforzar su observancia.

No siempre las infracciones de propiedad intelectual fueron cuestiones relevantes, ni mucho menos asuntos de seguridad internacional como parecieran en la actualidad. Incluso, muchos de los derechos de propiedad intelectual que los países reconocen en la actualidad, hace treinta años no estaba tan claro siquiera que debiesen ser protegidos por la ley.

Dependiendo de las condiciones de tiempo y espacio, la “piratería” puede ser entendida como un robo atroz o como una importante herramienta de política pública. La definición de qué constituye la propiedad, y en particular la propiedad intelectual, depende del tiempo y el lugar donde nos encontremos, de los intereses en juego, la competencia existente, el modelo de desarrollo económico, las capacidades instaladas y ventajas comparativas de cada territorio, entre otras muchas cuestiones (Sell, 2004:267).

En el ajetreo del comercio internacional, advierten Drahos y Braithwaite, todos los Estados en algún momento de su historia estuvieron felices con que sus ciudadanos o empresas copiaran la propiedad intelectual de otros, sin permiso. La piratería era una práctica habitual en la que todos los Estados participaban. Además, lo que hoy se conocen como derechos, antes no eran más que privilegios excepcionales que habilitaban un monopolio sobre una parcela de conocimiento y que, vale señalar, su alcance era definido por cada Estado dependiendo de sus intereses y políticas internas (Drahos y Braithwaite, 2002: 29).

Esto fue cambiando desde comienzos del siglo XIX, pero no fue sino hasta la última década del siglo XX que se logró una regulación sustantiva de alcance global, con la firma en 1994 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (AADPIC o Acuerdo sobre los ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC). A diferencia de acuerdos internacionales anteriores, el AADPIC estableció estándares mínimos de protección obligatorias para los miembros de la OMC y para todo aquel que quisiera acceder a esta organización multilateral.

Políticas públicas perfectamente legales y adecuadas a los niveles de desarrollo de cada país, se ilegalizaron luego de la firma de este acuerdo. Con excepción de los períodos de transición para los países en desarrollo, el Acuerdo abrazó una concepción según la cual un único conjunto de normas y estándares son adecuadas para todos los contextos. Con este Acuerdo se universalizaron las obligaciones en materia de propiedad intelectual sin considerar las especificidades de cada país y economía. *One size fits all*, dirían.

Esto implicó que para algunos países que no tenían regulaciones nacionales de propiedad intelectual o en ellas se excluía a amplios sectores de la industria (como la farmacéutica), la firma del Acuerdo significó un alto grado de exigencia, y de dinero. La globalización de la regulación de propiedad intelectual trajo consigo una fuerte reducción de los márgenes de autonomía estatal para evaluar y establecer los niveles apropiados de protección de la propiedad intelectual a nivel nacional (Sell, 2003:12). Del mismo modo, universalizar los estándares de protección y observancia de propiedad intelectual -aumentándolos uniformemente- implicó por cierto que algunos países se beneficiarán más que otros, con una importante transferencia de recursos hacia los países más industrializados (Sell, 1999).

El aumento del costo en el goce del conocimiento significó clausurar para los países en desarrollo la senda que por siglos caminaron los países industrializados, que en los años noventa impusieron sus términos a nivel global (May y Sell, 2006:158). Esta globalización tiene efectos en el diseño e implementación de las políticas públicas de innovación, investigación y desarrollo, al tiempo que afecta a la división global del trabajo y refuerza las condiciones de desigualdad entre los países (Sell, 2004:316)

Por lo general las infracciones a los derechos reconocidos en las leyes o los convenios internacionales previos a la firma del AADPIC eran abordadas como cuestiones civiles entre privados. Eso cambió luego de la entrada en vigencia del Acuerdo, en el que, sin perjuicio de reconocer en su Preámbulo que los derechos de propiedad intelectual son derechos privados, se establecieron, por un lado, normas específicas destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones a nivel nacional: normas de observancia o *enforcement* (Correa, 2009a) y, por otro, se incluyó la obligación de sancionar penalmente determinadas infracciones. Aunque algunos países ya preveían un abordaje penal en sus legislaciones internas, las convenciones internacionales de propiedad intelectual anteriores no lo incorporaban (Harms, 2007).

Respecto de las normas de observancia incluidas en el AADPIC se ha señalado que los países en desarrollo no pusieron especial resistencia, porque se encontraban más preocupados por las negociaciones en torno al alcance y profundidad de los estándares sustantivos de protección: qué tipo de derechos se reconocen, qué tipo de invenciones merecen protección, en qué consiste esa protección y cuáles son sus excepciones, por cuánto tiempo se debe proveer protección, etc. (Correa, 2009a).

Si los países en desarrollo creían que en 1994 se había negociado un “techo” para la protección de la propiedad intelectual a nivel internacional, los años dieron cuenta que esto estaba lejos de ser el caso. En los años siguientes los países industrializados avanzaron consistentemente por vías bilaterales o plurilaterales para el establecimiento de normas y obligaciones que van más allá de lo acordado en el AADPIC o que socavan los principios y flexibilidades incluidos en el Acuerdo. Estas normas y estándares se conocen como ADPIC Plus o TRIPS Plus (por el nombre en inglés del Acuerdo *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*).

Estas iniciativas que buscan aumentar cada vez más las condiciones de protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual, ilustran lo que Sell ha llamado una “tendencia global maximalista”, en la que las negociaciones internacionales están fijadas por un “trinquete ajustado hacia arriba”. Cada nueva negociación, es una nueva posibilidad para seguir aumentando los niveles de protección y observancia (Sell, 2010).

De manera conjunta, y como parte de esta tendencia maximalista, algunos han señalado que luego de la firma del AADPIC también se configuró una agenda específica destinada a elevar los estándares de observancia, una “agenda de observancia” (*enforcement agenda*) (Sell, 2010). Lo que algunos también llaman “ofensiva de la observancia” (*enforcement offensive*) (Correa, 2009a), consistiría en el establecimiento de normas y estándares AADPIC Plus en materia de observancia, de forma que los Estados dediquen mayores esfuerzos y recursos en el aseguramiento de los intereses patrimoniales de los titulares de derechos de propiedad intelectual. En esta agenda, en la que, por cierto, se cuelean aspectos sustantivos, se busca, entre otras cuestiones, eliminar flexibilidades o facultades del AADPIC, conceder mayores poderes a las autoridades y establecer obligaciones para que defiendan los derechos de los titulares, enmarcar como infracciones cuestiones que el AADPIC no prohíbe y sancionar penalmente cualquier tipo de infracción de propiedad intelectual.

En el esfuerzo de elevar los estándares y obligaciones de observancia Sell ha señalado que se ha recurrido también a una “política del miedo” (Sell, 2010:15). El temor por los efectos que pueden tener las medicinas adulteradas en la salud de los consumidores, por un lado, y las alegaciones respecto de la estrecha vinculación entre las actividades de falsificación y piratería con el terrorismo y el crimen organizado, por el otro, han operado como catalizadores de la agenda de observancia, para elevar el fenómeno de la infracción de normas de propiedad intelectual al estatus de un asunto de seguridad internacional.

En este punto, la Escuela de Copenhague de estudios sobre seguridad internacional propuso en la década de los noventa que las amenazas no son cuestiones objetivas, sino construcciones sociales. Afirman que mediante procesos intersubjetivos un asunto determinado se construye y llega a ser considerado como una amenaza existencial respecto de algún otro asunto. Esto, en muy breve, es lo que se conoce como un proceso de securitización (Buzan, Waever, Wilde, 1998). Mediante un proceso de securitización, un asunto específico es sustraído de la arena de la política ordinaria y puesto en una arena de políticas distinta: la arena de la seguridad. Desde ese lugar se justifica la necesidad de mayor atención internacional y la adopción de medidas extraordinarias que, de otra forma, no parecerían adecuadas.

En el caso de la propiedad intelectual parece posible sostener que, en algún grado, procesos de securitización han operado para instalar el fenómeno de las infracciones a las normas de propiedad intelectual como asuntos de seguridad internacional, que exigen una atención urgente y, por supuesto, recursos estatales para su abordaje.

Drahos y Braithwaite advierten que un problema fundamental del Derecho que regula la propiedad intelectual es que está relacionado con la información y el conocimiento y que como la información y el conocimiento son acumulados a lo largo del tiempo, por muchas personas y generaciones, en realidad es difícil determinar de qué es realmente responsable cada individuo. Es que, señalan, “las ideas se desencadenan por otras ideas relacionadas. Todas las ideas tienen límites difusos”. Sin embargo, apuntan, en el mundo del comercio internacional, los límites de la propiedad intelectual están dadas más por el “músculo legal”, que por un derecho o reclamo moral (Drahos y Braithwaite, 2002: 26). Es la posibilidad de imponer al otro la propia concepción de cuál es el límite y el nivel adecuado de protección y observancia, lo que determinará las fronteras de lo permisible

En estas disputas, la securitización de las infracciones de propiedad intelectual permite sortear las complicadas discusiones en torno a los niveles deseables de protección de la propiedad intelectual, las obligaciones que deben asumir los Estados para asegurar su observancia, la proporcionalidad de las medidas que se adopten y el grado de urgencia en el rango de las prioridades de política pública, en contextos de recursos escasos.

La estructura de este trabajo

Antes de entrar a revisar en qué consiste la agenda de observancia de las normas de propiedad intelectual y cómo se pueden identificar en ella procesos de securitización, primero, brevemente y en el marco que este trabajo permite, haremos un recorrido para ver cómo se fue desarrollando el sistema de protección de la propiedad intelectual a nivel internacional.

Para esto nos centraremos en el desarrollo europeo y estadounidense de las normas de propiedad intelectual durante el siglo XIX, en que cada país regulaba autónomamente y sin una verdadera articulación, para ver luego cómo algunos principios mínimos se cristalizaron el último cuarto del siglo XIX en las dos principales convenciones internacionales en la materia: el Convenio de París y el Convenio de Berna.

También se desarrollará cómo fue que la discusión en torno a la regulación de la propiedad intelectual entró en la agenda del comercio internacional en la Ronda de Uruguay y el proceso mediante el cual los intereses de las corporaciones productoras de propiedad intelectual de los países industrializados, se globalizaron y convirtieron en derecho internacional con la firma del Acuerdo sobre los ADPIC en 1994.

Enseguida entraremos a analizar cómo la observancia de las normas de propiedad intelectual puede ser entendida como una agenda en sí misma, con objetivos y metodologías propias, y con nuevos y diversos actores entrando en juego.

Revisaremos en qué consiste esta agenda específica de discusión internacional y cuáles son algunas de las medidas que se impulsan para avanzar con sus objetivos, centrándonos especialmente en la intención de ampliar las obligaciones de criminalizar las infracciones de propiedad intelectual, por un lado, y en el impulso para erigir mayores y más robustos controles en las fronteras, por otro.

En este punto nos detendremos también a ver por qué el ACTA (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*) y el TPP (*Trans-Pacific Partnership*) pueden ser considerados como

ejemplos paradigmáticos de esta agenda de observancia, apuntando al establecimiento de un estándar de oro en la materia.

Luego, desarrollaremos cómo el abordaje teórico propuesto por la Escuela de Copenhague puede ser una herramienta para analizar el desarrollo de la protección internacional de la propiedad intelectual y, en particular, en su agenda de observancia. Para esto primero revisaremos cómo se fue desarrollando este abordaje durante los años noventa y cuáles son sus características salientes.

Asimismo, pondremos acento en cómo el lenguaje, los simbolismos y las metáforas han estado presentes desde temprano en las discusiones de propiedad intelectual, con expresiones referidas al robo, la piratería y el trabajo duro. Además, se subrayará la disputa de sentidos en torno a la concepción misma de la propiedad intelectual, como un derecho por un lado y como un privilegio por el otro.

Luego explicaremos cómo es que en la discusión respecto del problema de las medicinas falsas se confunden intencionadamente cuestiones de naturaleza diversa: la amenaza de las medicinas fraudulentas que pueden ser peligrosas para la salud por un lado y el irrespeto de los derechos de propiedad intelectual (patentes o marcas) de los laboratorios, por el otro. Para esto se analizarán las iniciativas y disputas que se dieron en torno a este fenómeno en la Organización Mundial de la Salud y los abordajes críticos de las iniciativas para combatir la falsificación que se sustentan en supuestos de peligro a la salud pública.

Después de esto nos detendremos a examinar las alegaciones respecto de la vinculación de las infracciones de los derechos de propiedad intelectual y el terrorismo y crimen organizado.

Para esto repasaremos los principales argumentos que se han planteado y los informes presentados por los actores interesados. Nos detendremos especialmente en la situación de la Triple Frontera en el Cono Sur, donde desde hace años se alega la existencia de grupos extremistas islámicos que aprovechan el pujante comercio ilícito de la región para financiar sus operaciones de terror. Cerraremos esa sección advirtiendo que estas alegaciones parecieran un nuevo intento de reeducar sobre la gravedad del “crimen de propiedad intelectual”.

Por último, ensayaremos algunas consideraciones finales respecto de las cuestiones que se fueron planteado, intentando recuperar los aportes realizados a la discusión.

Respecto del término observancia/enforcement

Haciendo nuestra la prevención de Xavier Seuba respecto de que “en el área del derecho procesal es particularmente poco gratificante intentar la traducción de términos similares” (Seuba, 2017:22), vale hacer una aclaración previa.

Mientras que en la versión en castellano del AADPIC el apartado III lleva el título de “Observancia de los derechos de Propiedad Intelectual”, en la versión en inglés se titula “*Enforcement of Intellectual Property Rights*” y en la versión oficial en francés estas normas se titulan “*Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle*”, algo así como las “formas de hacer cumplir/respetar los derechos de propiedad intelectual”.

Sobre este punto Seuba advierte que el término “*enforcement*” es la acción que permite la observancia, lo que hace cumplir, mientras que el término “observancia” en castellano evoca más al resultado de la acción y a la cualidad de cumplir la ley. Agrega también que, si se tradujera el concepto “observancia” al inglés, posiblemente el término más adecuado no sería “*enforcement*”, sino “*fulfilment*”. Además, hace notar que en algunos tratados entre países hispanohablantes que abordan esta materia, como los acuerdos de México con Costa Rica y con Nicaragua, el término utilizado es el de “aplicación” y no “observancia”.

En el caso francés señala que se trata de una definición, y no un concepto, y que éste puede acortarse en el término “mise en œuvre” o “implementación/*implementation*”. “Implementación”, afirma, sería una expresión lingüística que “describe sinceramente el contenido dinámico de las normas de observancia” (Seuba, 2017:22).

Más allá de este intríngulis lingüístico, y haciendo la salvedad de que posiblemente el concepto observancia no siempre se ajuste a la perfección en todo contexto, en este trabajo utilizaremos principalmente esta palabra dado que es la que el AADPIC usa en su articulado y la que los órganos de solución de diferencias de la OMC y demás organismos internacionales emplean en sus documentos oficiales.

CAPÍTULO 1: El marco jurídico internacional de protección de la propiedad intelectual

Peter Drahos (1997) propone que la historia de la protección de la propiedad intelectual a nivel internacional se puede dividir, a grandes rasgos, en al menos tres períodos, cuyo elemento distintivo se relaciona con el alcance territorial que se le reconoce al titular de la propiedad intelectual. El primero de ellos, que llama el “período territorial”, se caracterizó esencialmente por la ausencia de una protección internacional y la prevalencia de lo que Sell (2003) calificó como un paño de retazos de tela -un *patchwork*- de leyes nacionales sin verdadera coordinación. Cada país regulaba como quería, sin principios comunes.

El comienzo del segundo período, el “período internacional”, está marcado por la firma del Convenio de París y el Convenio de Berna, a fines del siglo XIX. Con la creación de la Unión para la protección de la propiedad industrial y la Unión para la protección de los derechos de los autores en sus obras literarias y artísticas, los principales países industrializados acordaron una serie de principios generales para sus regulaciones nacionales.

Mientras, el “período global” tendría su origen un siglo después, cuando en la década de los ochenta los Estados Unidos comenzaron a construir la relación entre el comercio y la competitividad internacional, por un lado, y la protección estricta de la propiedad intelectual por el otro. Su cénit llegó cuando el 15 de abril de 1994 se firmó el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (AADPIC), en el marco de la naciente Organización Mundial del Comercio (OMC). Atendida la amplísima membresía de la OMC y el apoyo incondicional de la superpotencia sobreviviente a la Guerra Fría, la creación y observancia de normas de propiedad intelectual de alto nivel en todo el mundo, de forma efectivamente global, se convirtió en una realidad política y legal. En el período global, un período que Drahos advertía estaba apenas comenzando, los propietarios de objetos abstractos -los titulares de derechos de propiedad intelectual, de monopolios sobre el conocimiento- “ven el amanecer de una era en la que disfrutan de derechos que tienen un alcance global” (Drahos, 1997:202).

Antecedentes

Las ideas en torno a la posesión o titularidad de los productos del intelecto y la creatividad no son nuevas y se pueden rastrear a la “prehistoria”. Marcas de los productores de alfarería se han encontrado en excavaciones arqueológicas en Europa y Asia, mientras que en Egipto y Mesopotamia ha sido documentado que los ladrilleros y talladores de roca firmaban sus obras, como una especie de marca de su derecho de autor. Mientras, el conocimiento científico y tecnológico, que muchas veces era lo que concedía el poder político y religioso, era protegido también, ya no por un “derecho de marca o autor”, sino por el secreto (May y Sell, 2006:44).

Del mismo modo, en la antigua Grecia la aparición de marcas y firmas de los autores de obras de arte, como poemas y pinturas, son evidencia de la afirmación de la naturaleza propietaria y apropiable de la actividad artística en la civilización helénica. Esto era “tanto un reconocimiento del logro personal del artista, como una advertencia de propiedad del contenido creativo”. En particular, respecto de la poesía se conformó un mercado rudimentario en que se contrataba la creación artística a cambio de una contraprestación, ligada también a una noción individualizada de la creatividad y el “genio artístico”. Según se ha dicho, el poeta Simónides de Ceos (556-468 A.C.) habría explicado que “la poesía es un arte que vende sus productos en el mercado” (May y Sell, 2006:46). Así, quizás, “la poesía puede haber sido la primera actividad creativa en ser (parcialmente) mercantilizada (*commodified*), pero de ninguna manera fue la última” (May y Sell, 2006:47).

En la Antigua Roma también se desarrollaron conceptos en torno a la individualidad de la creación de intelecto y su protección. Siguiendo la práctica griega, los artesanos romanos utilizaban marcas distintivas en sus trabajos, lo que era reconocido por la ley. Aunque no se extendía al legítimo propietario de la marca, el Derecho Romano concedía al comprador de productos falsamente marcados un derecho para entablar una acción en contra del vendedor, producto del daño o el engaño. Según se ha señalado, en Roma la falsificación de productos no era una práctica inusual. Las lámparas de aceite de Fortis, el artesano más reconocido en ese tiempo, eran ampliamente comercializadas y falsificadas en toda Europa. Esto llevó a que, finalmente, Fortis se volviera un nombre genérico para designar un tipo específico de diseño de las lámparas, más que una indicación de autoría (May y Sell, 2006:47).

A su vez, durante la Edad Media en Europa la noción de protección del conocimiento se asentó sobre el impulso de los gremios, como tejedores y herreros, que se organizaron para controlar el conocimiento y explotación de sus oficios. Estos gremios lograron que se les concediera el control del comercio de bienes específicos mediante el monopolio de su producción, controlando además el número de productores habilitados en cada territorio o mercado (May y Sell, 2006:50).

Antes de la formalización de estatutos de propiedad intelectual, algunos soberanos en Europa utilizaban la concesión de privilegios de explotación exclusiva de determinadas prácticas innovadoras, similares a las patentes, para favorecer su introducción al territorio. En Inglaterra estos privilegios fueron utilizados principalmente para atraer a productores extranjeros a las tierras del reino. Fue el caso, por ejemplo, de los tejedores flamencos a quienes se les concedió cartas de privilegio en 1331 para la producción exclusiva en el reino, también el de la compañía de John de Shiedame, a quien se le concedió en 1440 una patente para introducir en Inglaterra un método de fabricación de sal recién inventado y el de John de Utynam en 1449, para traer desde Flandes a Inglaterra un novedoso proceso de producción de vidrio de color (May y Sell, 2006:52-3). Estas cartas de privilegios, a diferencia de las patentes, no se limitaban a nuevas invenciones, sino que se trataba de privilegios de explotación monopólica, de prácticas nuevas o ya conocidas. El privilegio se concedía para el ejercicio de la práctica en un territorio, que no necesariamente tenía que beneficiar al inventor de la práctica o producto (May y Sell, 2006:53).

Sin perjuicio de que el desarrollo de ideas en torno a la posesión del conocimiento y la creatividad se remontan largo en el tiempo, lo cierto es que el primer sistema formal de protección se desarrolló recién en el siglo XV en Venecia, que fue donde “nace la propiedad intelectual”, en lo que se llamó “el momento veneciano” (May y Sell, 2006).

Es aquí donde por primera vez un marco legal e institucional estableció la propiedad sobre el conocimiento y fue explícitamente utilizado para promover la innovación. Ya no se trataba de la concesión ocasional de privilegios de explotación monopólica, sino de una práctica constante y reglada, con exigencias bastante similares a las que luego darían forma al derecho actual: los privilegios no eran concedidos cuando en el territorio existía previo conocimiento de la supuesta invención, se exigía que la invención tuviera utilidad, el privilegio era temporal y no ilimitado, los derechos concedidos eran transferibles,

existía una “exigencia de uso” de forma que el privilegio era cancelado si no se usaba la invención en un período determinado y el Estado retenía un derecho a establecer licencias obligatorias (May y Sell, 2006:58). En 1474 la ciudad de Venecia aprobó el primer estatuto de patentes, en el que los privilegios de explotación ya no están basados en la relación entre el peticionario y la autoridad, sino en la posibilidad de que el peticionario de cumplimiento a una serie de requisitos y criterios previamente establecidos (May y Sell, 2006:59). Desde su creación, hasta 1550, ni una sola petición fue rechazada por el Senado veneciano (May y Sell, 2006:64).

Vale advertir que en el caso de las obras artísticas los privilegios de explotación eran concedidas a quienes imprimían las obras y no necesariamente a los autores. Así como luego ocurriría en Inglaterra, los jugadores claves en el desarrollo de la industria y el sistema legal de protección de la propiedad intelectual no fueron los autores, sino las editoriales, quienes en 1549 se reunieron en un solo gremio veneciano (May y Sell, 2006:69).

A mediados del siglo XVI el sistema de protección veneciana a la innovación se hacía conocida por el resto de Europa. Amberes, Flandes y Francia fueron adoptando formas de patentamiento similares, concediendo privilegios a quienes traían técnicas a esos territorios, beneficiando muchas veces a venecianos que importaban técnicas innovadoras de manufacturas (May y Sell, 2006:76).

Ahora bien, aunque a comienzos del siglo XVII ya se habían realizado algunos intentos para avanzar en sistemas formales para la concesión de patentes, la mayoría de los países europeos mantenía sistemas “sujetos a los caprichos del poder político y las relaciones personales”. En ese contexto, fue Inglaterra “el primer Estado en establecer una legislación relativamente moderna para regular la propiedad intelectual, utilizando un método sistemático de concesión de patentes primero y luego de derechos de autor” (May y Sell, 2006:80). El estatuto de Monopolios de 1624 recuperó la práctica de la Corte Real en relación a las políticas para atraer nuevas técnicas de producción al reino, pero proveyó de criterios claros en virtud de los cuales se debían evaluar los aplicantes, estableció límites temporales a la concesión de las patentes y transfirió el control del aparato legal de concesión de la Corte monárquica a la judicial (May y Sell, 2006:83).

Por su parte, el derecho de autor comenzó en Inglaterra en forma de privilegios de impresión otorgados en 1557 a un gremio de artesanos conocido como los Papeleros de

la Reina María (*The Stationers*). Como todos los gremios de artesanos, los *Stationers* tenían un serio interés en proteger las ganancias del monopolio y un miedo inconmensurable a la competencia. Con el tiempo, la Compañía fue ganando poder y se convirtió en un brazo ejecutivo del Estado, al punto de concedérseles facultades para realizar allanamientos e incautar materiales que infringieran sus privilegios de impresión (Drahos y Braithwaite, 2002:30)

A finales del siglo XVI, los impresores que originalmente habían dominado la Compañía a través de la monopolización de la tecnología (tanto por el conocimiento técnico como por el control físico de las máquinas) comenzaron a perder influencia frente los vendedores de libros, a medida que las técnicas y maquinarias se hacían más disponibles (May y Sell, 2006:90).

Mientras, en 1709 se aprobó la Ley de la Reina Anne (*Act of Anne*), que sería el antecedente de la legislación de derecho de autor en territorio británico, previendo una protección autoral temporal limitada y con medidas para combatir la falsificación. Esta Ley respondió a las demandas de protección legal de las imprentas, pero con la introducción de los límites temporales de protección y la apertura de la inscripción más allá del gremio, también limitó y restringió el poder de aquellos que la habían impulsado (May y Sell, 2006:91). Mientras que las primeras regulaciones de patentes reflejaban el deseo de los gobernantes de capturar nuevas tecnologías para sus economías nacionales, los derechos de autor surgieron más como resultado de la presión ejercida por la propia industria que vendría a ser regulada (May y Sell, 2006:96).

Aunque el Estatuto de la Reina Ana se ocupaba principalmente de regular el comercio de impresión y tenía como una preocupación secundaria el establecimiento de reglas para reconocer los derechos de los autores, esta Ley reflejó cuatro principios centrales de las leyes moderna de derechos de autor: el reconocimiento de una especie de “derechos naturales”, la necesidad de una “recompensa justa” por el trabajo del autor, la protección como un estímulo a la creatividad y la previsión de algunos requisitos sociales para su protección (May y Sell, 2006:93).

De esta forma en Gran Bretaña, luego en el resto de Europa y finalmente en los Estados Unidos a fines del siglo XVIII, “las nociones sobre los derechos de autor y la protección de patentes comenzaron a entrar en el universo generalmente aceptado de los hechos sociales. La idea de que los individuos de alguna manera ‘producen’ conocimiento se hizo

cada vez más frecuente”. Sin embargo, este proceso no fue lineal ni homogéneo, sino que, por el contrario, la legislación de cada país siguió caminos nacionales diversos, dependientes de sus propias culturales legales y de las trayectorias de desarrollo industrial de cada uno (May y Sell, 2006:97).

Un *patchwork* legal

El panorama del sistema de protección de la propiedad intelectual a comienzos del siglo XIX ha sido descrito como un paño de retazos de tela -un *patchwork*- de leyes nacionales, en que cada país tenía su propia regulación, sin principios comunes ni mucha articulación (Sell, 2003).

Para fines del siglo XVIII tres de los principales países del mundo contaban con un sistema legal de protección de patentes. El Reino Unido había aprobado el Estatuto de Monopolios en 1624, la Asamblea Constituyente de Francia había expedido su ley de patentes en 1791 y los Estados Unidos había sancionado su primera ley de patentes en 1790, reemplazada luego en 1793.

Durante las décadas siguientes el sistema de protección legal de patentes se esparció al resto de los países europeos: Austria en 1810, Rusia en 1812, Prusia en 1815, Bélgica y los Países Bajos en 1817, España en 1820, Bavaria en 1825, Cerdeña en 1826, el Vaticano en 1833, Suecia en 1834, Wurtemberg en 1836, Portugal en 1837 y Sajonia en 1843 (Machlup y Penrose, 1950:3). Como un asunto de política pública, gran parte de las regulaciones estaban dirigidas a incentivar la inmigración de tecnologías e inventos útiles, por un lado, y a facilitar a la población lectora el acceso a una amplia gama de obras publicables, por el otro (May y Sell, 2006:111).

Los Estados Unidos de Norteamérica no siempre fueron feroces defensores de los más altos estándares de protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual, como en la actualidad. Durante buena parte de su historia, fueron “piratas” del conocimiento ajeno. Y así lo fueron, en realidad, la mayoría de los países.

Las leyes de patentes de Estados Unidos de 1790 y 1793 ofrecían fuertes derechos de protección mediante patentes a los inventores que fueran ciudadanos estadounidenses y sólo alcanzaba a los inventores y no aquellos que introducían nuevas tecnologías en el país. De esta forma las invenciones extranjeras podían introducirse libremente en Estados Unidos sin el costo adicional de los derechos de monopolio del inventor. Hasta el año

1836 a los extranjeros y las invenciones extranjeras no se les reconoció protección alguna mediante el sistema de patentes, y cuando la ley finalmente lo permitió, las solicitudes extranjeras fueron sujetas a tarifas más altas que las nacionales. Además, las leyes estadounidenses, aunque sufrieron modificaciones durante el siglo XIX, incluyeron requisitos de trabajo en el territorio nacional durante más de un siglo, hasta 1908. El sistema estadounidense fue diseñado por razones de política pública para discriminar a favor de los inventores estadounidenses y en contra los extranjeros, lo que sirvió al interés público y, a nivel internacional, era una política común para alentar la transferencia de tecnología. Las asimetrías en las leyes estadounidenses favorecieron así a los inventores de la economía estadounidense, una economía “seguidora” o “*late-comer*” en desarrollo industrial (May y Sell, 2006:113).

Así como con las patentes, la regulación estadounidense sobre el derecho de autor también fue profundamente “pirata”. Durante este período la reimpresión de libros extranjeros era perfectamente legal en la mayoría de los países del mundo, lo que, por cierto, generaba que los autores y editores -británicos y franceses principalmente- se quejaran de la piratería generalizada de sus libros en el extranjero.

Estados Unidos no reconoció los derechos de autor extranjeros durante la mayor parte del siglo XIX y las editoriales locales publicaron libremente libros y partituras de música, principalmente británicos, vendiéndolos a precios considerablemente más bajos que los que los propietarios de derechos de autor estaban fijando. Esta situación se complicaba aún más cuando los libros y partituras que se reproducían en los Estados Unidos eran exportadas luego a Gran Bretaña, donde entraban a competir con la industria local (Alexander, 2007:628).

Tanto los autores británicos como los estadounidenses presionaron sin éxito al gobierno de los Estados Unidos para que reconociera legalmente una protección de derechos de autor para autores extranjeros, en los mismos términos que para los nacionales. Los autores estadounidenses estaban también interesados en ampliar el derecho de autor para autores extranjeros pues las editoriales estadounidenses preferían publicar obras británicas no protegidas, en lugar de las estadounidenses que eran más caras. Como en otros momentos de la historia, cuando los intereses de la industria se enfrentan con los de los autores, son los intereses de la industria los que prevalecen. Alegando nociones de

interés público y acceso a la cultura, las editoriales estadounidenses ganaron la puja para excluir de la protección a las obras extranjeras¹ (May y Sell, 2006:114).

Así como los Estados Unidos incorporaban fuertes normas de protección de la industria nacional y discriminaban respecto de invenciones, inventores y autores extranjeros, otros países también preveían normas similares. Durante buena parte del siglo XIX la noción de “trato nacional”, hoy un elemento central de toda negociación sobre esta materia y parte esencial de la postura estadounidense, estaba completamente ausente (May y Sell, 2006:114).

En el caso de Francia, por ejemplo, la ley de patentes sólo protegía patentes en el país y exigía que la patente debía ser “trabajada”, utilizada en Francia, dentro de los dos años siguiente de su concesión. Mientras, producto de las invasiones napoleónicas, en España se impuso un primer sistema de patentes en 1811, con reglas similares a las francesas (May y Sell, 2006:112).

Controversia y abolicionismo

Mientras este sistema legal se expandía por diferentes países, cada uno con su regulación particular, y una densa red de acuerdos bilaterales comenzaba a impulsar una demanda por su codificación internacional, en Europa también crecía la oposición a este sistema de monopolios del conocimiento.

En el paso de lo que Drahos califica como el período territorial al internacional (Drahos, 1997), operó como punto bisagra lo que se conoció como “la controversia de las patentes del siglo XIX” en Europa entre los años 1850 y 1875, principalmente en Inglaterra, Alemania, los Países Bajos, Francia y Suiza.

En esos años el movimiento en oposición a la protección de las patentes no solo demandaba la reforma de las leyes aprobadas, sino directamente la abolición del sistema por completo. Y por un tiempo pareció que el movimiento abolicionista iba a resultar victorioso en esta puja (Machlup y Penrose, 1950).

¹ Para cuestionar la protección del derecho de autor de las obras británicas las editoriales estadounidenses le preguntaban al Congreso: “Todas las riquezas de la literatura inglesa son nuestras. Autores ingleses llegan a nosotros libres como el aire vital, libres de impuestos, sin obstáculos, incluso sin la necesidad de traducción, en el país: y la pregunta es, ¿debemos gravarlo y así imponer una barrera a la circulación de la luz intelectual y moral? ¿Construiremos una presa para obstruir el flujo de los ríos del conocimiento?” (May y Sell, 2006:114)

Dos siglos después del Estatuto de Monopolios en Inglaterra, los defensores del sistema de patentes impulsaron en el Parlamento británico una modificación legal para alentar la agilización de los trámites. Esto generó una contraofensiva, no solo para mantener la ley actual, sino para abolir la protección de patentes. En esta ofensiva abolicionista, el *Economist* de Londres tuvo un papel central, llegando a anunciar el fin del sistema de patentes en 1869: “es bastante probable que las leyes de patentes sean abolidas dentro de poco” (citado en Machlup y Penrose, 1950:1).

También en Alemania se produjo una contraofensiva ante el impulso de una regulación uniforme de patentes en todos los territorios miembros de la Confederación Germánica. Luego de muchos años de discusiones, el gobierno de Prusia decidió rechazar la adopción de una ley de patentes de la Confederación Germánica y en diciembre de 1868 el canciller Bismarck anunció su rechazo al principio de la protección de patentes, explicitando su postura abolicionista (Machlup y Penrose, 1950:4).

Mientras, en esos años Suiza era el único país industrial europeo que no tenía ley de patentes, salvo algunas regulaciones de privilegios en determinados cantones. Sus legisladores habían rechazado las propuestas de protección en diversas ocasiones a mediados de siglo y al rechazar una nueva propuesta de ley en 1863 el parlamento explicó que los mejores economistas de la época habían dado acabada cuenta de que el principio de protección de patentes era “pernicioso e indefendible” (Machlup y Penrose, 1950:5). Producto de presiones internas e internacionales, en 1888 Suiza aprobó una ley, calificada como la “más incompleta y selectiva” ley de patentes moderna, y que fue revisada recién en 1907 (May y Sell, 2006:113).

En los Países Bajos, entre los años 1860 y 1865, la mayor parte de las patentes otorgadas cada año protegían invenciones realizadas en el extranjero, lo que por cierto no era del agrado de las empresas nacionales. Los neerlandeses eran seguidores, *late-comers*, en materia industrial, lo que sumado a los argumentos referidos a la protección del libre comercio llevó a una victoria para el abolicionismo: la ley de patentes fue derogada en julio de 1869. Recién cuarenta años después y producto de las objeciones de sus socios comerciales -sumado a la incomodidad aislacionista en un momento en que la postura abolicionista se había desvanecido- se reinstaló la protección de patentes, con la sanción de una ley en 1912 (Machlup y Penrose, 1950; May y Sell, 2006:112).

Los liberales defensores del libre comercio criticaban por un lado el aspecto monopólico de la protección de la propiedad intelectual y, por otro, señalaban que las invenciones eran, en realidad, un producto social, un producto del cambio tecnológico y del conocimiento agregado, más que el resultado del genio individual del inventor.

El *Economist* explicaba en 1850 que antes de reconocérseles un derecho de propiedad intelectual sobre sus inventos, los inventores deberían “renunciar a todo el conocimiento y la asistencia que han obtenido del conocimiento y los inventos de otros. Eso es imposible y esta imposibilidad muestra que sus mentes y sus inventos son, de hecho, partes del gran conjunto mental de la sociedad, y que no tienen derecho de propiedad en sus inventos” (citado en Machlup y Penrose, 1950:15). También, otros explicaban que abolir las patentes “no es una cuestión de expropiación del inventor, sino de evitar la expropiación de toda la sociedad, que en su patrimonio posee todos los elementos utilizados por los inventores” (citado en Machlup y Penrose, 1950:15).

A su vez, argumentaban los abolicionistas que las afirmaciones respecto de la existencia de un derecho “natural” a la propiedad intelectual oscurecían la necesaria e innegable construcción legal de estos derechos sobre bienes intelectuales que, a diferencia de los derechos de propiedad sobre bienes materiales en los que existe un principio de rivalidad, no son característicamente escasos. Asimismo, señalaban que aun cuando se aceptara que tenía sentido establecer una recompensa justa para el inventor, lo cierto es que rara vez estas recompensas se distribuían de manera justa y rara vez los innovadores reales eran quienes las obtenían. Además, los abolicionistas cuestionaban el supuesto de que las patentes constituían un “incentivo para inventar”, toda vez que las patentes habrían sido en realidad un desincentivo para los inventores rivales, para los posibles competidores, que una vez patentados los primeros inventos se veían impedidos de construir conocimiento sobre estos desarrollos.² Además, alegaban que, en realidad, a lo largo de la historia la humanidad había sido bastante innovadora sin necesidad de recurrir a una protección de la propiedad intelectual (May y Sell, 2006:115; Machlup y Penrose, 1950).

² En 1851 el *Economist* de Londres también señalaba que “los privilegios han sofocado más inventos de los que han promovido, y han hecho que se descarten más proyectos brillantes de los que la falta de ellos podría haber inducido a los hombres a ocultar. Cada patente es una prohibición de mejoras en una dirección particular, excepto para el titular de la patente, por un cierto número de años; y, sin perjuicio de lo beneficioso que puede ser para el que recibe el privilegio, la comunidad no puede ser beneficiada por él” (citado en Machlup y Penrose, 1950:24).

En el contexto del avance de las posturas abolicionistas y de libre comercio, los defensores del sistema de protección de patentes organizaron una contraofensiva monumental, con el despliegue de diversas acciones de propaganda entre 1867 y 1877. Durante esos años se “formaron nuevas sociedades para la protección de patentes, se redactaron resoluciones y distribuyeron a la prensa, se mandó a oradores a reuniones de asociaciones profesionales y de comercio, panfletos y folletos inundaron las calles, se plantaron artículos en revistas especializadas de comercio que luego se reproducían en los periódicos, se anunciaron competiciones públicas con premios para los mejores artículos en defensa del sistema de patentes, se presentaron peticiones a gobiernos y legislaturas, se organizaron reuniones internacionales”, entre otras iniciativas (Machlup y Penrose, 1950:5-6).

Muchas explicaciones se han ofrecido a la desaparición bastante repentina del movimiento anti patente después de 1873, pero pareciera que la más convincente se refiere a la crisis económica que azotó Europa esos años, producto de la cual el libre comercio perdió interés para el público. La idea de la protección de las patentes como una política útil y legítima ganó adeptos cuando, producto de la crisis fueron ganando ascendencia también las políticas proteccionistas (Machlup y Penrose, 1950:6). Así, el ánimo anti patente en Europa se desvaneció al alejarse de los países europeos los aires del libre comercio (Sell, 2004:294).

1873 también fue un punto de inflexión en el cambio de mareas en la controversia sobre la protección de patentes que había dominado las últimas décadas en Europa cuando el Imperio Austro Húngaro organizó la Exposición Universal en Viena. Algunos invitados, principalmente de Alemania y los Estados Unidos³, se mostraron reticentes a participar de la Exposición e incluso amenazaron con boicotear la reunión, alegando que sus invenciones no estaban lo suficientemente protegidas por la legislación del Imperio, sancionada en 1852. Producto de esta tensión, se sancionó una ley especial de alcance temporal para la protección provisional de los artículos introducidos en la Exposición de Viena, en línea con las leyes promulgadas en Reino Unido y Francia en ocasión de las exposiciones internacionales en Londres en 1851 y 1862 y en París en 1855 y 1867 (Blakeney, 2003; Sell:2004).

³ Este es el tiempo en que Thomas Edison en los Estados Unidos y Werner Siemens en Alemania estaban “al timón” del impulso de una amplia protección de patentes favorable a sus estructuras de negocios (Sell, 2004:291)

Tras alcanzar este acuerdo, y principalmente a raíz del lobby de abogados de patentes e ingenieros alemanes y austriacos, en agosto de 1873 se celebró también el Congreso Internacional de Patentes de Invención en Viena, que fue la primera conferencia internacional en que se abordó la posibilidad de un régimen internacional de propiedad industrial (Blakeney, 2003). Aunque el Congreso de Viena fue una reunión no oficial y estuvo presidida por el hermano de Werner Siemens, sí contaba con la invitación oficial del gobierno austrohúngaro y en él participaron trece representaciones oficiales de gobiernos, junto con cientos de representantes de la industria. En las resoluciones del Congreso se declaró que “la protección de los inventos debe estar garantizada por las leyes de todas las naciones civilizadas”, se propuso un plazo de protección de quince años, se aclaró que sólo el inventor o su representante legal deberían tener derecho a una patente y que las patentes no debían ser negadas a extranjeros (Blakeney, 2003). La celebración de este Congreso y las resoluciones aprobadas significaron un fuerte respaldo al principio de la protección de patentes frente al impulso abolicionista y sembró el llamado a una codificación internacional.

Aun a pesar de su naturaleza no oficial, el Congreso de Viena colocó la protección de patentes en la agenda diplomática internacional y proporcionó la base de negociación para las Conferencias de París de 1878, 1880 y 1883. La Conferencia de 1880 fue la primera conferencia diplomática propiamente tal, dedicada exclusivamente a la protección internacional de los derechos de propiedad industrial. Allí participaron representaciones diplomáticas de 35 países y se discutió un borrador de tratado presentado por el ministro de relaciones exteriores francés. Finalmente, en marzo de 1883 se acordó la firma del Convenio de París para la protección de la propiedad industrial sobre la base del borrador francés, complementado luego por el Protocolo Interpretativo de Madrid, en 1891. El Convenio de París creó la Unión para la protección de la propiedad industrial, que sería el antecedente de la actual OMPI (Blakeney, 2003; May y Sell, 2006:118).

De esta forma, la controversia sobre las patentes que dominó Europa por dos décadas acabó finalmente con las perspectivas de los vencedores consagradas en un nuevo tratado multilateral, el Convenio de París de 1883 (Sell, 2004:293). También, un estímulo adicional en el cierre de la controversia a favor de un sistema de patentes fue aportado por Gran Bretaña, cuando ese mismo año se resolvió la polémica a nivel nacional con la aprobación de una serie de reformas que facilitaron el acceso al sistema de patentes británico (May y Sell, 2006:112).

De forma paralela, en Europa también se discutía sobre los problemas en la protección internacional del derecho de autor, al tiempo que se desarrollaba una red bastante densa de acuerdos bilaterales (May y Sell, 2006:119). Así, por ejemplo, entre 1827 y 1829 Prusia celebró acuerdos bilaterales con 32 de los Estados miembros de la Confederación Germánica, mientras que, para mediados del siglo XIX, Gran Bretaña y Francia habían celebrado acuerdos bilaterales de derechos de autor con la mayoría de los Estados europeos. Estos acuerdos bilaterales también se podían multilateralizar, como ocurrió, por ejemplo, con el tratado celebrado en 1840 entre Austria y Cerdeña, al que luego accedió el cantón suizo de Ticino y los Estados italianos de Lucca, Módena, Parma, Roma y Toscana (Blakeney, 2003:8)

Pues bien, la primera propuesta significativa para un régimen internacional de derechos de autor fue abordada en el Congreso de Autores y Artistas en Bruselas, convocado en 1858 por el autor francés Víctor Hugo. El comité organizador del Congreso se constituyó luego en un comité redactor y preparó un proyecto de ley que incorporaba las resoluciones adoptadas en la reunión. Tres años después se realizó un congreso de seguimiento en Amberes, con el llamado explícito para que los gobiernos iniciaran negociaciones para implementar las resoluciones del Congreso de 1858 (Blakeney, 2003).

Con estas perspectivas, varios años después, mientras se desarrollaba la Exposición Universal de París de 1878, Víctor Hugo presidió un congreso literario organizado por el gobierno francés y lanzó la Asociación Literaria Internacional (más tarde la Asociación Literaria y Artística Internacional). Se aprobaron una serie de resoluciones que afirmaron el derecho perpetuo de los autores y sus sucesores a un “derecho de propiedad” sobre sus obras y exigiendo la simplificación de los trámites para la protección del derecho de autor y la aplicación del principio de trato nacional para los autores extranjeros (Blakeney, 2003). Esta Asociación mantuvo diversas reuniones en Londres, Lisboa, Viena y Roma, hasta que en el Congreso de Berna de 1883 se propuso como objetivo explícito seguir los pasos del Convenio que ese año se había alcanzado en París en materia de propiedad industrial. Este proceso culminó en 1886 con la aprobación del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas y la creación de una Unión para la protección de los derechos de los autores en sus obras literarias y artísticas (May y Sell, 2006:120).

Vale advertir que los Estados Unidos no fueron parte de la Convención de Berna sino hasta un siglo después. Para conceder protección a un autor en su territorio, la ley estadounidense exigía el registro del trabajo en Washington y posterior envío de una copia a la Biblioteca del Congreso, lo que era incompatible con la Convención, en tanto preveía que la adquisición del derecho era automática una vez que la obra fuera autorizada para publicar en cualquier Estado miembro (Sell, 2003:294; May y Sell, 2006:120).

También es importante señalar que en general los países del continente americano no accedieron al Convenio de Berna hasta bien entrado el siglo XX y propusieron un marco normativo internacional alternativo, que brindaba protección a nivel regional. En 1889 se aprobó el Tratado de Montevideo sobre Propiedad Literaria y Artística que dispuso que los Estados parte debían reconocer protección a las obras extranjeras según la legislación nacional de cada país. El Tratado de Montevideo fue reemplazado en 1910 por la Convención sobre Propiedad Literaria y Artística firmada en Buenos Aires y luego por la Convención Interamericana sobre derechos de autor en obras literarias, científicas y artísticas, suscrita en Washington en 1946 (Cerde, 2016).

Respecto de las razones de un sistema paralelo de protección regional se ha sugerido la intención de reafirmar “la independencia de los países americanos, el rechazo a la hegemonía europea, y, por sobre todo, la profunda convicción de que ser partes del Convenio de Berna era inconveniente para los países de una región que preferentemente importaban obras protegidas. Las Américas no tenían razón para ser parte de un acuerdo internacional que deterioraría sus términos comerciales, al incrementar artificialmente el costo de acceso a bienes culturales por ley” (Cerde, 2016:31)

Pues bien, la codificación internacional -europea- de la protección de la propiedad intelectual expresada en los Convenios de París en 1883 y Berna en 1886 se asentaron en tres principios básicos que delinearían las condiciones de negociación internacional en lo que vendrá: la no discriminación, el trato nacional y el derecho de prioridad (la protección es para el primero en inventar o crear, en lugar del primero en reproducir o explotar).

Con este sistema cada Estado tenía la posibilidad de establecer los marcos normativos que mejor le parecieran para su desarrollo, pero estaban obligados a extender la protección a los ciudadanos nacionales de los Estados miembro del Convenio. Las Convenciones de París y Berna no crearon nuevas normas de protección sustantivas ni establecieron leyes especiales para los Estados miembros, sino más bien establecieron

algunos principios comunes de protección y se asentaron sobre los consensos relativos que ya estaban reflejados en la mayoría de los Estados firmantes (May y Sell, 2006:120).

El trinquete se ajusta, para arriba

En perspectiva, se ha advertido que esta disputa política que se ha llamado “la controversia de las patentes”, fue quizás la última vez que los defensores del libre comercio emprendieron un esfuerzo concertado para alertar que los derechos de propiedad intelectual eran ilegítimos y fundamentalmente inconsistentes con el libre comercio. En el siglo que seguiría este reconocimiento franco de los posibles conflictos entre el comercio internacional y la propiedad intelectual desaparecería del discurso dominante (May y Sell, 2006:116).

En este período de agitación es donde se consolidaron los argumentos que justifican la propiedad intelectual como una forma de monopolio aceptable y legítima y en el que el uso peyorativo de “monopolio” como un problema, desaparece de la mayoría de las discusiones. En adelante la propiedad intelectual sería entendida como la justa recompensa por el trabajo intelectual, como el derecho inalienable de los individuos a vincularse con sus obras y/o como un mecanismo necesario para garantizar el uso eficiente de los recursos y la innovación. Sea por la prevalencia de ideas pragmáticas o por el intenso lobby de los grupos de interés en esas décadas, se alcanzó un consenso generalizado en torno al conocimiento y la creatividad como una forma de propiedad intangible, que debe ser protegida con condiciones de exclusión y que puede ser transable (May y Sell, 2006:117).

Tanto el Convenio de Berna como el de París, previeron la creación de una Unión y de secretarías encargadas de administrar los tratados, que en 1893 se fusionaron conformando las Oficinas Internacionales Reunidas para la Protección de la Propiedad Intelectual (BIRPI, por sus siglas en francés). Estas oficinas estuvieron ubicadas primero en Berna y luego en Ginebra, lo que no deja de ser paradójico considerando que recién en 1888 Suiza aprobó su primera ley de patentes -la “más incompleta y selectiva” ley de patentes moderna- y que sólo en 1907 aprobó una ley similar a la del resto de los países europeos.

Ya entrado el siglo XX, en 1967, se firmó el Acuerdo mediante el cual se creó la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), que entró en vigencia en 1970 y sustituyó a las oficinas del BIRPI. Mientras, en virtud de un acuerdo entre ambas

organizaciones, que entró en vigencia en diciembre de 1974, la OMPI pasó a ser uno de los organismos especializados dentro del sistema de Naciones Unidas.

“Terminada” la controversia, esto es, una vez que los defensores de los derechos de patentes lograron imponer sus ideas y verlas reflejadas en la ley internacional, nunca volvió a estar tan críticamente en discusión el principio de la protección a la propiedad intelectual y la idea misma de la posesión del conocimiento. Al menos no en los países centrales. Desde allí, todo fue seguir aumentando el alcance de la protección. La tendencia del “trinquete ajustado para arriba” de Sell (2010), en el que sólo es posible aumentar la protección de estos derechos y ya no volver atrás a discutir los antiguos acuerdos, comenzaba a expresarse.

Sin perjuicio de esto, vale advertir que después de la Segunda Guerra Mundial en los Estados Unidos se vivió un periodo que se calificó como de “escepticismo” respecto del sistema de protección de la propiedad intelectual. La creciente concentración económica y cartelización de la industria a nivel nacional, llevó a la aplicación de una estricta política antimonopolios por parte de las autoridades estadounidenses, al tiempo que los derechos de patentes eran una y otra vez desafiados y recortados en los tribunales de justicia, bajo el justificativo del mal uso de la patente, “*patent misuse*” (May y Sell, 2006:138-9).

Este periodo escéptico estadounidense, sin embargo, no se extendió más allá de los setenta, cuando las corporaciones estadounidenses comenzaron a organizarse y presionar fuertemente por leyes de propiedad intelectual más severas. Los productores de artículos de lujo impulsaron normas más estrictas de derecho de marcas, mientras los sectores químicos, agrícolas y farmacéuticos, buscaron niveles más altos de protección de patentes. A estos grupos se les sumó, a comienzos de los ochenta, la industria interesada en la protección de los derechos de autor, principalmente la industria filmográfica, de la música y el software, logrando en poco tiempo forzar que la protección de la propiedad intelectual llegara a la cima de la agenda política interna y, luego, de la política global (May y Sell, 2006:141).

De forma paralela, muchas naciones del “Tercer Mundo” comenzaron a experimentar con el rango de variaciones posibles en materia de políticas de patentes, dentro del laxo marco que se había establecido en las Convenciones de fines del siglo pasado. Las discusiones sobre un posible *New Economic Order* a nivel mundial desde mediados de siglo y hasta los años setenta impulsaron especialmente esta experimentación, de forma tal que

permitió a las naciones periféricas centrarse en políticas de desarrollo y transferencia de tecnología, excluyendo amplios sectores de la innovación, como la industria farmacéutica (Weissman 1996: 1075).

El G77, que reunía buena parte de los países en desarrollo, impulsó en esos años la discusión en torno a la protección internacional de la propiedad intelectual desde la perspectiva de las políticas de desarrollo y crecimiento de los Estados. La propiedad intelectual, alegaban, no era un elemento del libre comercio, sino un instrumento de protección de los titulares de estos derechos en los países ricos y desarrollados y una herramienta que mantenía vigente la brecha tecnológica y las condiciones de desarrollo desigual entre los países (May y Sell, 2006:156).

Esta perspectiva recibió también el apoyo de la UNCTAD (la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo) que en 1975 publicó un informe titulado “El sistema internacional de patentes como instrumento para el desarrollo nacional” en el que se cuestionaba el resultado del Convenio de París y urgía por medidas para mejorar la situación de los países en desarrollo (May y Sell, 2006:156).

Sin embargo, abierta la caja de Pandora para la revisión del *status quo* de la regulación internacional de la propiedad intelectual, el resultado fue dramáticamente opuesto al impulsado por los países en desarrollo. La concepción que se cristalizó en el Acuerdo firmado en 1994 no fue el de la propiedad intelectual como una herramienta de política pública para el desarrollo de los Estados, sino el de un recurso invaluable de la competitividad y el comercio internacional de los países ricos (May y Sell, 2006:157).

La protección global, la Ronda de Uruguay y el Acuerdo sobre los ADPIC

El proceso por el cual se ha ido definiendo a nivel global la regulación de la propiedad intelectual en las últimas décadas ha sido caracterizado por algunos como un proceso de continuos cambios de foros (*forum shifting*), siendo el elemento más estructural de la estrategia estadounidense durante el siglo XX (Drahos y Braithwaite, 2002:195; Drahos, 2007; Sell, 2010). Con el objeto de encontrar los espacios donde los representantes de los poseedores de derechos de propiedad intelectual tengan más posibilidades de imponer sus agendas y convertir sus intereses privados en intereses comunes, la discusión internacional ha variado de foro desde el último cuarto del siglo XX. Según apunta Drahos, la estrategia de *forum shifting* “significa que algunas negociaciones nunca terminan realmente” (Drahos, 2007:35). Otros, han caracterizado esta estrategia como un

“cambio de régimen”, *regime shifting*, en el que se “intenta alterar el *status quo ante* moviendo negociaciones de tratados, iniciativas legislativas o actividades de establecimiento de estándares, de un lugar internacional a otro” (Helfer, 2004:15).

Más allá de la calificación del movimiento, lo cierto es que frente a la dificultad de impulsar mayores estándares de protección y observancia en el marco de la OMPI en el seno de Naciones Unidas, los maximalistas de la propiedad intelectual buscaron respuestas en otros espacios, como el GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) y, luego la OMC (Sell, 2011). En la era post-AADPIC, estos cambios de foros continuaron mediante la celebración de cientos de acuerdos bilaterales de comercio e inversión que regulan cuestiones de propiedad intelectual, la firma de acuerdos regionales, la incidencia en otros órganos intergubernamentales como la Organización Mundial de Aduanas o el impulso de acuerdos multilaterales entre países afines con el objeto de elevar los estándares ya acordados, como en el caso del ACTA (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*) y el TPP (*Trans-Pacific Partnership*).

A comienzos de los ochenta el GATT no parecía necesariamente el lugar más obvio donde mantener una discusión sobre la regulación internacional de la propiedad intelectual, considerando especialmente que la OMPI administraba la aplicación de los tratados vigentes y allí participaban representantes de todo el mundo. Desde la perspectiva de los países en desarrollo la OMPI se presentaba como un lugar donde les era posible ejercer un mayor poder de negociación, al menos más que en otros espacios como el GATT en que la contraparte, los países industriales, contaban con poderosas herramientas de negociación, como el acceso a mercados y la posibilidad de imponer restricciones comerciales. Además, tradicionalmente había sido la OMPI la que había trabajado sobre la regulación internacional de la propiedad intelectual, por lo que no se entendía la necesidad de trasladar la discusión a un ámbito destinado a facilitar el comercio internacional. Incluso hasta 1990, luego de cuatro años de negociación, los países en desarrollo seguían insistiendo que las cuestiones referidas a propiedad intelectual que se discutieran en la Ronda de negociación del GATT debían ser reenviadas a la OMPI (Weissman, 1996:1083).

Si bien la industria estadounidense intentó persuadir directamente a los formuladores de políticas del “Tercer Mundo” de los méritos de garantizar una protección estricta de las patentes, su estrategia principal se dirigió a persuadir a los formuladores de políticas en

su propio país, de forma de enmarcar los regímenes de propiedad intelectual de otras naciones como un problema comercial de los Estados Unidos (Weissman 1996: 1075)

Weissman señala que el éxito de la industria se manifestó en al menos tres formas. Por un lado, la Oficina del Representante de Comercio (USTR) ejerció una presión extraordinaria sobre distintos países para que adoptaran leyes que se adecuaban a la legislación interna de los Estados Unidos. Además, la protección de la propiedad intelectual se convirtió en un componente central del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA) firmado en 1992, anunciando la intención estadounidense de incluir este aspecto en futuros acuerdos regionales o bilaterales. En tercer lugar, y lo más importante, Estados Unidos insistió en que la protección de la propiedad intelectual se incluyera en las negociaciones del GATT de la Ronda Uruguay, que comenzaron en 1986 y concluyeron en 1994 (Weissman 1996: 1077).

Desde la industria, principalmente estadounidense, se alegaba que la falta de respeto de los derechos de propiedad intelectual en el extranjero traía consigo cuantiosas pérdidas económicas y afectaba la competitividad internacional estadounidense. Alegaban que los Estados en vías de desarrollo operaban como refugios de piratas donde el ingenio americano era robado por las industrias de esos países.

Sin embargo, lo cierto es que antes del Acuerdo sobre los ADPIC muchas de las prácticas que se calificaban como actos de piratería, de robo de propiedad intelectual, en realidad eran actividades económicas perfectamente legales bajo los sistemas legales de cada país que, además, cumplían con los acuerdos internacionales vigentes en la materia. Con el sistema pre-AADPIC los Estados tenían una considerable autonomía para elaborar leyes que reflejaran sus niveles de desarrollo económico, considerando sus ventajas comparativas y sus posibilidades de innovación o imitación (Sell, 2003:12). Cuando la industria y las autoridades estadounidenses alegaban de forma general hechos de piratería de propiedad intelectual no se referían a que se estuviera infringiendo la ley de algún país en particular o que no se respetasen los tratados internacionales. El problema que denunciaban, en realidad, consistía en la falta de aplicación de los estándares de protección estadounidenses en el resto del mundo.

En este contexto, en la Ronda de Uruguay los negociadores advertían que el conjunto de veinticuatro tratados multilaterales administrados por la OMPI producía demasiada diversidad de reglas entre los países, lo que generaba dificultades para las empresas (May

y Sell, 2006:154). Incluso dentro de los signatarios de cada acuerdo internacional era posible verificar una amplia divergencia de regulaciones nacionales. Un informe producido por la OMPI en 1988 y aportado como insumo en la ronda de negociación del GATT, dio cuenta de que entre los 98 Estados parte del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, más de cuarenta excluían de su legislación la protección de patentes para productos farmacéuticos, variedades animales, métodos de tratamiento, plantas y procesos biológicos para producir variedades animales y vegetales, más de treinta excluían productos alimenticios y programas de computadora y otros veintidós países excluían productos químicos, sin que todas estas exclusiones coincidieran en los mismos Estados. Esto se verificaba tanto en países industrializados como en vías en desarrollo (OMPI, 1988).

Al respecto, Drahos ha advertido que, por un lado, esta diversidad normativa da cuenta de que la Convención de París no impidió que los Estados adoptaran estándares muy diferentes de protección de la propiedad industrial de acuerdo con sus propias prioridades y política públicas y, por otro, que esto ilustra que los principios y estándares que fueron estatuidos en el AADPIC no reflejan en caso alguno una armonización que ya se hubiera producido a nivel nacional. El AADPIC no cristalizó a nivel internacional un consenso preexistente en las legislaciones nacionales (Drahos, 2005:9).

En este mismo sentido May y Sell apuntan que el Acuerdo sobre los ADPIC es el resultado de un proceso político impulsado por intereses industriales y nacionales específicos y que no se trató simplemente de la consolidación de un conjunto de disposiciones que ya gozaban de legitimidad y que sólo restaba un acuerdo para su correcta implementación (May y Sell, 2006: 158).

En este proceso político, los actores privados interesados tuvieron un papel central en la construcción de la agenda y su caracterización, y en la generación de las soluciones y herramientas para los problemas que identificaron.

En marzo de 1986, seis meses antes de que comenzara la Ronda Uruguay del GATT, doce corporaciones multinacionales con sede en los Estados Unidos formaron el Comité de Propiedad Intelectual (IPC), con la intención de desarrollar apoyo internacional para elevar la protección internacional de propiedad intelectual (Sell, 2003: 96). En pocas palabras, el IPC apuntaba a la consolidación de un código de normas mínimas de alcance global para derechos de autor, patentes, marcas y denominación de origen, el

establecimiento de mecanismos y obligaciones nacionales de observancia de estas normas sustantivas y la creación de un mecanismo de solución de controversias efectivo que no tuviera las limitaciones de la OMPI (Sell, 2003: 103).

Sin perder tiempo, los miembros del IPC se contactaron inmediatamente con sus pares en la industria europea y japonesa. En junio de 1986, el IPC se reunió con la Confederación de Industrias Británicas, el BDI en Alemania, el Patronato francés y la Unión de Confederaciones Industriales y de Empleadores de Europa (UNICE). En julio, el IPC se reunió con la Federación de Organizaciones Económicas de Japón (Keidanren), esperando que un acuerdo entre los Estados Unidos, Europa y Japón tuviera un efecto positivo para frenar el “robo” de la propiedad intelectual en los países en desarrollo (Sell, 2003:104).

En estas reuniones, el IPC hizo hincapié en que “el tema de la propiedad intelectual era demasiado importante para dejarlo en manos de los gobiernos” y que la industria necesitaba decidir el mejor curso de acción y luego hacerle saber a los gobiernos qué hacer, presentarles las soluciones a los problemas identificados (Sell, 2003:105).

Desde la industria se enfatizó que, aunque la OMPI estaba encargada de administrar varios convenios internacionales en materia de propiedad intelectual, esta no era la organización multilateral más adecuada para ello. El problema, según el IPC, era la identificación de la OMPI con los intereses de los países en desarrollo, en tanto el sistema de Naciones Unidas, en que cada Estado estaba en pie de igualdad (un Estado un voto), privilegiaba los intereses de la mayoría de los países en desarrollo, que eran precisamente los que permitían e incitaban el robo del conocimiento de los países industrializados. Si bien la OMPI tenía valor como órgano técnico, el IPC argumentó que, dado que la propiedad intelectual era esencialmente una cuestión de comercio e inversión, su regulación global debía darse en el marco del GATT (Sell, 2003:105).

En los Estados Unidos, los representantes del IPC instaron al gobierno para que adoptara una actitud estricta con los infractores de derechos de propiedad intelectual en el extranjero. Esta presión se benefició, por un lado, del rol preponderante que estaba teniendo la USTR para conducir las cuestiones de comercio exterior y su afinidad con las demandas de la industria y, por otro, del hecho que algunos de los países que se presentaban como los principales infractores de propiedad intelectual, eran al mismo

tiempo países que dependían en gran medida del comercio con los Estados Unidos, como Brasil, China, Corea del Sur y Tailandia (Sell, 2003:45).

Los activistas de la propiedad intelectual redefinieron la falta de protección u observancia de los derechos de propiedad intelectual en el extranjero como una barrera al comercio legítimo y un elemento que afectaba el déficit comercial estadounidense. Incluir la falta de observancia de los derechos de propiedad intelectual de compañías estadounidenses como una materia respecto de la cual el gobierno podía y debía hacer uso de sus herramientas de presión comercial (como la regulada en la sección 301 de la Ley de Comercio estadounidense), permitió traer a la protección de la propiedad intelectual bajo el paraguas normativo de la política comercial, en la que cuestiones como el acceso a los mercados, las barreras al comercio, la competitividad internacional y el déficit comercial tienen otro peso para los Estados (Sell, 2003:45).

Al vincular la propiedad intelectual con el comercio y abogar por un abordaje multilateral, el IPC pudo recurrir a la institución internacional existente, el GATT, y enfatizar allí los beneficios de este nuevo enfoque para el sistema comercial mundial en su conjunto. El IPC instó al gobierno estadounidense para que apoyara y promoviera un acuerdo multilateral de propiedad intelectual a través del GATT, evitando el lugar tradicional, la OMPI, que carecía de poderes robustos de observancia y en el que los países menos desarrollados o en desarrollo dominaban numéricamente por sobre los países industrializados (Sell, 2003:45-6).

Además, a los ojos del gobierno estadounidense, estas corporaciones se retrataban como representantes de sectores cruciales de la nueva economía basada en el conocimiento y como actores importantes para el fortalecimiento de la economía estadounidense y su competitividad internacional (May y Sell, 2006:154)

El Comité de Propiedad Internacional no solo tuvo como objetivo convencer al gobierno estadounidense y acumular apoyo de las asociaciones industriales de sus países aliados para incluir los derechos de propiedad intelectual en la agenda de negociación de la Ronda de Uruguay, sino que también brindó un apoyo legal considerable al equipo negociador, aprovechando la percepción generalizada de que el derecho de propiedad intelectual es un área que requiere de una particular especialización técnica. De esta forma, se ha advertido que el IPC esencialmente redactó el Acuerdo sobre los ADPIC, y las negociaciones entre los equipos técnicos gubernamentales se limitaron a afinar el texto e

hicieron algunas concesiones a los negociadores de los países en desarrollo (May y Sell, 2006:154).

Jacques Gorlin, uno de los principales defensores de los intereses de la industria e impulsor del abordaje de la propiedad intelectual como un asunto relacionado al comercio, llegó a afirmar que, con excepción de los períodos de transición para los países en desarrollo, con la firma del Acuerdo sobre los ADPIC el IPC obtuvo el 95 por ciento de lo que deseaba (Sell, 2003:115). Las visiones y objetivos que la industria se había planteado a mediados de los ochenta, fueron cristalizados así en el mayor tratado multilateral de propiedad intelectual, con normas de alcance prácticamente global. Y fue así como, según señala Sell, “doce corporaciones crearon derecho público para el resto del mundo” (Sell, 2003:96).

A diferencia de acuerdos internacionales anteriores, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio fijó normas sustantivas mínimas de protección obligatorias para los miembros de la OMC y para todo aquel que quisiera acceder a esta organización multilateral. Esto implicó un alto grado de exigencia para algunos Estados que no tenían regulación de propiedad intelectual, era muy débil o excluía amplios sectores, como la industria farmacéutica. Elevar los estándares de protección de la propiedad intelectual implicó una modificación sustancial en los términos del intercambio entre los países del Norte (productores de propiedad intelectual) y del Sur (mayormente importadores de propiedad intelectual) (Drahos, 2003), lo que significó sin dudas una importante transferencia de recursos hacia los países más industrializados (Sell, 1999).

El enfoque global establecido en el Acuerdo sobre los ADPIC es un régimen mucho menos flexible que lo que regía en el período “internacional” y que promueve la universalidad en los grados de protección de los derechos de propiedad intelectual, con sanciones civiles y penales. Acciones y políticas públicas que antes eran legales y plenamente justificables de acuerdo a las políticas de desarrollo de cada país, se ilegalizaron y devinieron pasibles de ser llevadas a un sistema de resolución de controversias, con profundas consecuencias económicas para el infractor. Como señala Sell, “la era global está marcada por una fuerte reducción en el alcance de la autonomía estatal para determinar los niveles apropiados de protección de la propiedad intelectual a nivel nacional” (Sell, 2003:12).

Mientras, por ejemplo, el Convenio de París no preveía qué elementos debían protegerse o la duración de la protección, el AADPIC contiene obligaciones respecto al alcance, el objeto y la duración de la protección de la propiedad intelectual. De esta forma, los Estados parte de la OMC se encuentran obligados a extender la patentabilidad a prácticamente todos los campos de la tecnología reconocidos en los sistemas de patentes de países desarrollados, por un período uniforme de veinte años. Asimismo, con respecto a los derechos de autor, los Estados ahora están obligados a cumplir con los estándares contenidos en el Convenio de Berna según la versión revisada en 1971, incluyendo obligaciones adicionales como la extensión de la protección de derechos de autor a los programas de computadora y compilaciones de datos y los derechos de arrendamiento (Sell, 2003:12).

El AADPIC asumió una noción de los derechos de propiedad intelectual como un sistema centrado en la exclusión y protección, más que en la difusión del conocimiento y la competencia. De esta forma, extendió los privilegios de los titulares de derechos, al tiempo que redujo sus obligaciones. Este Acuerdo maximalista tiene implicancias profundas para el diseño e implementación de políticas de innovación, investigación y desarrollo, el desarrollo económico de los países, la localización de las industrias y la división global del trabajo y el refuerzo de las condiciones de desigualdad entre los Estados (Sell, 2004:316).

A la luz de los antecedentes históricos de la protección de la propiedad intelectual, Sell advierte que la firma y contenido del AADPIC es sorprendente en varios niveles. Por un lado, la propuesta estadounidense de globalizar altos estándares de protección es al menos llamativa si se atiende a que la observancia nacional de los derechos de propiedad intelectual fue relativamente laxa hasta comienzos de los ochenta. En un período de tiempo muy corto, los Estados Unidos cambiaron su enfoque interno, con la modificación de sus leyes de propiedad intelectual, y su abordaje internacional, mediante una estrategia comercial coercitiva, amenazando con sanciones y la negación de beneficios comerciales para los países cuyos regímenes de propiedad intelectual se consideraron inaceptablemente débiles. Sell también destaca que tanto este cambio de los Estados Unidos como el acuerdo alcanzado a nivel multilateral a mediados de los noventa, reflejan de cerca los deseos expresados por los doce directores de las corporaciones multinacionales que encabezaron este esfuerzo de coordinación y movilización internacional. También es sorprendente el AADPIC, señala Sell, en tanto abraza una

concepción controvertida de la propiedad intelectual, que privilegia la protección y el monopolio, por sobre la difusión del conocimiento. El AADPIC prioriza los derechos privados por sobre los bienes públicos, en condiciones que muchos alertaban sobre los efectos nocivos de esta noción sobre el bienestar global. También, con excepción de los periodos de transición, el AADPIC promovió en gran medida un enfoque para la regulación de la propiedad intelectual que entiende que "un tamaño sirve para todos - *one size fits all*". Esto, señala Sell, es sorprendente que se haya cristalizado en la negociación en tanto la noción de que un conjunto de estándares uniformes de propiedad intelectual es apropiado para todos los países y todas las industrias, independientemente de sus contextos nacionales de desarrollo y prioridades, desafía tanto el análisis económico como la experiencia histórica (Sell, 2003:13).

La expansión dramática del alcance de los derechos de propiedad intelectual cristalizados en el Acuerdo redujo las opciones disponibles para futuros países "industrializadores", obstaculizándoles la ruta que los países industrializados siguieron para apuntalar el desarrollo y crecimiento económico y el bienestar de sus poblaciones. El Acuerdo eleva los precios de la información y tecnología, instala mayores barreras de acceso al conocimiento, extiende los privilegios monopólicos de los titulares de derechos y exige que los Estados presten mucha más atención y recursos para su protección y defensa (May y Sell, 2006:158).

Muchas explicaciones se han dado para explicar por qué los países en desarrollo accedieron a firmar un tan mal negocio para sus economías y desarrollo nacional. Así, se ha señalado que la vinculación del comercio internacional y los derechos de propiedad intelectual sugirió que la inclusión del Acuerdo sobre los ADPIC podría utilizarse para aprovechar otros beneficios comerciales (de los cuales el acceso al mercado en textiles y agricultura eran los puntos más salientes) y que, además, muchos negociadores de países en desarrollo consideraron un acuerdo multilateral como una mejor alternativa, ante la perspectiva de un creciente bilateralismo comercial para la regulación internacional de la propiedad intelectual (May y Sell, 2006:158).

Antonio Trombetta, uno de los negociadores argentinos en la Ronda de Uruguay, explica que la inclusión de la agricultura en la discusión fue una oportunidad única para dejar atrás el sistema discriminatorio del GATT. Aunque indica que los intereses de un país como la Argentina en negociaciones complejas y comprehensivas como las de la Ronda

Uruguay no pueden reducirse a una simple dicotomía, ilustra la tensión “agricultura vs ADPIC” para transmitir dos de los intereses más visibles en el marco de la Ronda (Trombetta, 2015).

Sobre el proceso de negociación, Trombetta advierte que “los múltiples intereses del país, de diferente intensidad, interactuaban dinámicamente de una manera no siempre previsible” y que la adopción de una noción de “*single undertaking*”, de “un todo único”, implicó enfrentarse a “un ejercicio del cual, al final del camino, surgiría una organización internacional que albergaría los resultados logrados en todas las áreas de negociación y los sometería a un único mecanismo reforzado de solución de controversias” (Trombetta, 2015:262).

En este contexto, apunta, los objetivos “defensivos” del equipo negociador argentino, junto con colegas de otros países en desarrollo, se centraron en aspectos centrales del texto de los ADPIC, a fin de incorporar “espacio de respiración” para que las legislaciones nacionales tuvieran margen de maniobra para implementar los temas más delicados que podían representar amenazas para sus sectores industriales, como el farmacéutico (Trombetta, 2015:266).

Por su parte, Drahos y Braithwaite proponen entender que, en realidad, el régimen de propiedad intelectual cristalizado en el Acuerdo de los ADPIC debe ser entendido como un producto de las fallas y deficiencias de los procesos democráticos, tanto a nivel nacional como internacional: un pequeño grupo de corporaciones se conformaron como los jugadores centrales del “juego del conocimiento” y capturaron la agenda de comercio de los Estados Unidos, para luego, en coordinación con las corporaciones europeas y japonesas, delinear los principios de propiedad intelectual que servirían de base para el AADPIC en el que se establecerían estrictas normas de alcance global. En este proceso de falla democrática, alertan, “la resistencia de los países en desarrollo fue aplastada a través del poder comercial” de los países industriales (Drahos y Braithwaite, 2002:12).

Pues bien, aunque muchos actores pensaron que en 1994 se había negociado un “techo” para la protección de la propiedad intelectual, a poco andar se dieron cuenta que esas normas no eran más que un piso negociador. Es que “ese 5% sí importaba y el 95% nunca fue suficiente” (Sell, 2011:448). Desde mediados de los años noventa, los países interesados en elevar los estándares de protección de la propiedad intelectual fueron, con éxito, alejando las negociaciones internacionales de los foros multilaterales de la OMPI

y la OMC (Grosse Ruse-Khan, 2011:3), para avanzar por vías bilaterales o plurilaterales con normas y obligaciones que van más allá de lo acordado en el Acuerdo sobre los ADPIC, normas y estándares ADPIC/TRIPS Plus. Además de que estos acuerdos comerciales y de inversión incorporan normas y obligaciones específicas para elevar los estándares de protección de propiedad intelectual, en muchas ocasiones también se obligó a los Estados en desarrollo a adoptar estándares establecidos en otros foros de los que no eran parte, ratificando tratados internacionales, como, por ejemplo, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT- *WIPO Copyright Treaty*) de 1996 o la versión de 1991 del Tratado de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV-*Union for the Protection of new Varieties of Plants*).

Tanto es así que la tendencia hacia el establecimiento de estándares y obligaciones ADPIC-plus ha llevado también a cambios en la percepción respecto del valor del Acuerdo sobre los ADPIC. Aunque haya sido un triunfo de los países industrializados, en el que sus normas sirven principalmente a los intereses de las industrias exportadoras de propiedad intelectual en el mundo desarrollado, la tendencia de abordaje bilateral y plurilateral (como el ACTA) ha revalorizado algunos principios y flexibilidades presentes en el AADPIC, que habilitan un relativo margen de maniobra para que los Estados definan sus políticas públicas nacionales de innovación, conocimiento y transferencia de tecnología. Así algunos sugieren que pareciera que, paradójicamente, un par de décadas después de su firma y especialmente a la luz del ACTA y otras iniciativas, “el Acuerdo sobre los ADPIC no era tan malo después de todo” (Grosse Ruse-Khan, 2011:4).

La tendencia de negociar y celebrar acuerdos internacionales con cláusulas ADPIC-Plus, que aumentan o extienden los estándares establecidos en 1994, que recortan sus flexibilidades o que crean nuevas áreas o derechos de protección monopólica sobre el conocimiento es, se ha dicho, indicativa de “la larga historia de protección internacional de la propiedad intelectual, cuyo desarrollo ha sido principalmente una ruta unidireccional hacia niveles cada vez mayores de protección” (Grosse Ruse-Khan, 2011:3).

En este mismo sentido, se ha señalado que existe una “tendencia global maximalista en materia de propiedad intelectual” que, en términos generales, apunta a una mayor y mejor protección de este tipo de derechos. Susan Sell ha ilustrado esta tendencia como un “trinquete ajustado hacia arriba” (*an upward ratchet*), con el cual solo es posible seguir subiendo, aumentando la protección de los derechos de propiedad intelectual (Sell, 2010).

Un trinquete es, precisamente, un mecanismo que permite a un engranaje girar solo en un sentido y le impide hacerlo en sentido contrario. Así, ya no se vislumbran posibilidades de volver a discutir y “bajar” desde el punto pactado. Toda discusión, todo posible acuerdo por alcanzar, será siempre “para arriba”, aumentando la protección y garantías de los propietarios de los derechos de propiedad intelectual.

Es en esta tendencia maximalista que se insertan los esfuerzos desplegados para asegurar mayores estándares ya no de protección sustantiva, sino de mecanismos y reglas de observancia de los acuerdos firmados, los que han sido calificados por algunos como una “agenda” especial, como la “agenda de la observancia” (*enforcement agenda*) (Sell, 2010) y, por otros, directamente, como una “ofensiva de la observancia” (*enforcement offensive*) (Correa, 2009a).

CAPÍTULO 2: El *enforcement* como agenda propia

En el presente capítulo desarrollaremos cómo la observancia o *enforcement* de las normas de propiedad intelectual alcanzadas a nivel internacional puede ser considerada como una agenda autónoma, con actores y estrategias propios para el cumplimiento de sus objetivos.

Para esto revisaremos las razones en virtud de las cuales se sostiene que existe una situación de incumplimiento de las normas de propiedad intelectual que exigen la adopción de medidas específicas y caracterizaremos la agenda de observancia y sus objetivos o herramientas de cumplimiento.

La agenda de observancia de las normas de propiedad intelectual

Como se adelantó, el desarrollo del sistema jurídico de protección de los derechos de propiedad intelectual a nivel global se ha caracterizado por continuos cambios de foros, impulsados por los actores interesados en conseguir una mayor y más profunda protección de sus derechos.

La tendencia global maximalista de mayor protección de derechos de propiedad intelectual es multifacética, con diversas capas y vías de acción. Mientras que por un lado se pretende aumentar los estándares de manera sustantiva -como puede ser con la consagración de “nuevos derechos” o la extensión de los plazos de protección- y extenderlos a nivel global, por otro, el *enforcement* o cumplimiento u observancia de dichos estándares es una agenda en sí misma (Osei-Tutu, 2013: 769).

Esta agenda de observancia ha sido caracterizada también como un nuevo “cambio de foro” en el marco de los desplazamientos que se vienen sucediendo desde los años ochenta, de forma de trasladar la discusión a un espacio dónde los defensores del maximalismo de la propiedad intelectual tienen mejores posibilidades de avanzar en la imposición de sus términos (Sell, 2010).

Esta agenda del cumplimiento ha sido caracterizada como un esfuerzo amplio y sostenido de los grupos de cabildeo de las grandes industrias titulares de derechos de propiedad intelectual, para, bajo el argumento de hacer cumplir la ley, de hacer efectivos aquellos derechos de propiedad intelectual que ya se encuentran garantizados formalmente, derivar mayores recursos estatales para su protección y el establecimiento de normas nacionales e internacionales que aseguren sus modelos de negocios (Rens, 2011: 785). Estas

iniciativas, aseguran sus defensores, apuntan a establecer mecanismos más eficaces para “hacer cumplir la ley”. Su objetivo sería reforzar la observancia de los acuerdos ya alcanzados y no buscan, al menos formalmente, la ampliación de la protección de los derechos existentes o la creación de nuevos derechos. En este punto vale advertir que “es más fácil justificar y alcanzar un consenso para hacer cumplir un derecho ya existente, que para crear un nuevo derecho sustantivo”. Sin perjuicio de esto, algunos países, como la India respecto del ACTA, han alegado que lo que se está promoviendo en realidad son nuevas normas sustantivas y no sólo mecanismos para reforzar la observancia de normas existentes (Seuba, 2017:23).

Desde fines de la década de los setenta y comienzo de los ochenta los países industrializados venían manifestando su descontento por la falta de cumplimiento efectivo de los compromisos internacionales en materia de propiedad intelectual. Según explica Seuba (2017), desde ese entonces la preocupación por la falta de sanciones y remedios internacionales para abordar la falsificación y piratería se ha mantenido en la agenda normativa internacional. Con anterioridad al AADPIC, los países industrializados alegaban que el incumplimiento de estas reglas de propiedad intelectual equivalía a una barrera comercial, en tanto sus exportaciones debían competir con productos fabricados localmente con infracción de sus derechos. Fue así que, aunque sin resultados concretos, durante la Ronda de Tokio (1973-1979) las discusiones en torno a la falsificación de productos acapararon buena parte de la atención y, finalmente, en la Ronda de Uruguay las normas de sobre la observancia a nivel nacional estuvieron en el centro de las negociaciones (Seuba, 2017: 97).

El ADPIC incluyó una serie de normas específicas para asegurar el cumplimiento de los acuerdos sustantivos alcanzados (Parte III, artículos 41 a 61 del Acuerdo), lo que constituyó un punto de inflexión e implicó un cambio de paradigma en materia de cumplimiento de las normas de propiedad intelectual (Tekeste y Muñoz 2008). Por primera vez, el régimen multilateral de propiedad intelectual incorporó mecanismos de observancia de sus normas, lo que a su vez implicó una fuerte reducción en el alcance de la autonomía estatal para determinar los niveles apropiados de protección a nivel nacional (Sell, 2003:12).

Hasta ese entonces, los principales instrumentos internacionales de propiedad intelectual vigentes -la Convención de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883), la

Convención de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886) y la Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (1961)- habían mayormente ignorado las cuestiones relativas a la observancia de sus normas (Seuba, 2017) y contenían apenas algunas normas genéricas respecto de la obligación de los Estados Parte de adoptar medidas de derecho interno para asegurar la vigencia del acuerdo internacional.⁴ El punto de referencia para las normas de ejecución se centraba en que los miembros debían observar estrictamente el principio de Trato Nacional en la aplicación de las leyes internas. En contraste, en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC, la adopción de una legislación sustantiva que cumpla con las normas mínimas internacionales es sólo el punto de partida. Con este acuerdo se incorporaron normas específicas que exigen que las leyes nacionales deben aplicarse de la forma que ordenan las reglas de observancia contenidas en el propio acuerdo (Tekeste y Muñoz 2008:4).

Las normas de observancia del AADPIC, que incluyen algunas obligaciones civiles y de persecución penal, fueron introducidas esencialmente por la presión de la Comisión Europea y los Estados Unidos. El resultado fue un sistema de normas específicas que abordan de manera bastante integral los mecanismos de cumplimiento a nivel nacional, que se encuentra moldeada a la luz de las normas existentes en los países industrializados que participaron en la negociación (Seuba, 2017:98).

Sin perjuicio, vale señalar que el Acuerdo reconoce la existencia de tradiciones y normas diferentes en la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual entre los países, por lo que apunta al establecimiento de estándares generales para ser implementados de acuerdo al contexto de cada país. Sin embargo, el margen de acción de los Estados en desarrollo que les garantizaba la regulación general del Acuerdo sobre los ADPIC hoy se ve erosionado por los tratados de libre comercio y demás presiones bilaterales (Tekeste y Muñoz 2008:4).

A pesar de que el AADPIC implicó una victoria indiscutible para los países industrializados y las compañías poseedoras de derechos de propiedad intelectual, la discusión en torno a la falta de efectividad de estos derechos y la necesidad de nuevas

⁴ Ver, arts. 25 Convención París, 36 Convención Berna y 26 Convención de Roma.

normas para asegurar su vigencia efectiva, no tardó en volver al ruedo de la arena internacional.

Producto de un relativo desencanto con la efectividad de las normas de observancia del AADPIC, como consecuencia de su generalidad y aspiración de piso mínimo, los mismos países que habían promovido el Acuerdo subrayaban la necesidad de adoptar nuevas normas internacionales de cumplimiento, principalmente mediante la celebración de acuerdos bilaterales de comercio, que proliferaron luego del AADPIC o acuerdos multilaterales como el ACTA o el TPP (Seuba, 2017:122).

Estas nuevas normas de cumplimiento estaban destinadas a remediar las deficiencias del AADPIC, transformar en obligaciones lo que en el Acuerdo eran permisos y convertir las normas generales y quizás un poco ambiguas, en detallados artículos de implementación nacional (Seuba, 2017:99).

Bajo la apariencia del fortalecimiento de los derechos de propiedad intelectual ya existentes, se ha señalado que lo que la agenda de *enforcement* impulsa es la sanción de leyes nacionales y la consolidación de políticas y prácticas que eliminen las limitaciones y excepciones existentes en el actual régimen internacional de propiedad intelectual (Rens, 2011: 784). Un ejemplo claro en este punto es la inclusión de normas específicas en acuerdos bilaterales que transforman disposiciones de observancia facultativas del Acuerdo (como la sanción penal de algunas infracciones), en obligaciones imperativas para los Estados (Tekeste y Muñoz 2008:31).

Los partidarios de lo que ha sido llamado también como la “ofensiva de la observancia”, asumen, sin evidencia que les apoye, que los niveles y mecanismos de cumplimiento actuales a nivel internacional son insuficientes e inadecuados. Se ha advertido que las propuestas de estándares de cumplimiento más exigentes no han sido precedidas realmente de una evaluación que permita analizar la efectividad de las normas vigentes de observancia, antes de que se concluyera que la adopción de nuevas reglas es urgente e indispensable (Correa, 2009a:29).

Además, considerando la especial confluencia de intereses en las que estas discusiones discurren, es relevante atender a quiénes y cómo se desarrollan los argumentos a favor de la adopción de mayores y más estrictas medidas de cumplimiento.

Una de las justificaciones recurrentes para sostener la necesidad de aumentar y fortalecer las medidas destinadas al cumplimiento de los estándares de protección de los derechos de propiedad intelectual es, según sus defensores, las enormes pérdidas económicas que la falsificación y la piratería causarían a los legítimos titulares de estos derechos. Sin embargo, lo cierto es que constantemente se ha puesto en cuestión la solidez metodológica de estos estudios, advirtiendo que la base empírica de los estudios es débil y que, por lo general, la dimensión de las pérdidas es exagerada (Correa, 2009a:31). Además, las estadísticas disponibles generalmente son generadas por los propios interesados en una observancia reforzada de los derechos de propiedad intelectual.

Como ejemplo de las dificultades que implican las investigaciones que, supuestamente, darían cuenta del extraordinario perjuicio económico que genera la vulneración de las normas de propiedad intelectual y los intereses que están en juego, vale traer a colación el caso de un estudio de la Comisión Europea sobre el impacto de la piratería en materia de derecho de autor.

En efecto, en 2014, la Comisión Europea le encargó a una consultora privada la elaboración de un informe para evaluar el impacto de la distribución de contenido protegido por derecho de autor sobre las ventas de los productos originales. El informe concluyó que, con la excepción de los éxitos de taquilla recientemente lanzados, no existía evidencia que respalde la idea de que la infracción de derechos de autor *on-line* desplace las ventas de los productos originales (Comisión Europea, 2014b:8). Sin embargo, los resultados del informe no fueron públicos sino hasta que una parlamentaria europea exigió acceder al contenido de estudio mediante una solicitud de acceso a la información pública (Reda, 2017).

Además, vale advertir que las estimaciones respecto del impacto de estos fenómenos son muy dispares. Tanto es así que que mientras la OCDE estimaba un impacto económico global de 250.000 millones dólares (OCDE, 2008), la Cámara de Comercio de los Estados Unidos hablaba de un impacto de entre 200.000 y 250.000 millones sólo para la economía estadounidense (US Chamber of Commerce, 2007:26) y la Cámara Internacional de Comercio y su iniciativa BASCAP apuntan a un número casi siete veces superior al de la OCDE: 1.700.000 millones dólares a nivel global (BASCAP y Frontier Economics, 2011, BASCAP, 2015a).

Al mismo tiempo, las estimaciones de las pérdidas por culpa de la vulneración de normas de propiedad intelectual son calculadas generalmente tomando en cuenta el precio minorista de los productos originales, lo que puede resultar engañoso. Toda vez que las copias -infractoras de las normas de propiedad intelectual- tienen un precio inferior a los originales, muchos consumidores de estas copias ilegítimas probablemente no consumirán las originales al precio real (Correa, 2009a:31).

Diversos y nuevos actores

En la ofensiva de la observancia participan activamente una variada serie de actores. Agencias estatales de países desarrollados, asociaciones empresariales y representantes de los titulares de derechos de propiedad intelectual, agencias internacionales relacionadas al comercio, la salud y la seguridad, activistas y organizaciones no gubernamentales especializadas; todos interactuando en distintos, y a veces inesperados, foros internacionales.

La agenda de observancia se materializa a través de diversos medios, como pueden ser los tratados de libre comercio y de inversión bilaterales, los mecanismos de presión económica y comercial unilaterales, los tratados multilaterales como el ACTA, las negociaciones y establecimiento de estándares no vinculantes (*soft law*) en distintos foros internacionales (especializados en temas propiedad intelectual, de comercio, de aduanas, de salud pública, de policías, etc.), entre otros. El panorama general que surge es una red de numerosos foros multilaterales, acuerdos regionales y bilaterales e instituciones unilaterales que se capturan para perseguir un programa global de observancia de normas que van más allá de las contenidas en el Acuerdo sobre los ADPIC (Muñoz, 2009:10).

Ahora bien, en el caso de los Estados Unidos, diversas agencias gubernamentales como la Oficina del Representante de Comercio de EEUU (USTR), el Departamento de Estado, el Departamento de Comercio, la Agencia de Aduanas y Protección de Fronteras (CBP) y la Oficina de Marcas y Patentes de los EEUU (USPTO), son activos participantes en esta agenda.

En el marco de los esfuerzos para aumentar el cumplimiento de las normas de propiedad intelectual, en 1999 el Congreso estadounidense creó el Consejo Nacional de Coordinación de la Aplicación de la Ley de Propiedad Intelectual (NIPLECC) y en 2004 la administración Bush creó la Estrategia para Combatir la Piratería Organizada (*'Strategy Targeting Organized Piracy'-STOP!*). Uno de los objetivos clave de *STOP!*

fue "involucrar agresivamente a los socios comerciales de EEUU para unir nuestros esfuerzos contra la falsificación y la piratería" (Correa, 2009a:34).

Asimismo, en el año 2000 los Estados Unidos creó el Centro Nacional de Coordinación de los Derechos de Propiedad Intelectual (NIPRCC), coordinado por la oficina de Inmigración y Control de Aduanas (ICE) del Departamento de Seguridad Nacional. Este Centro de coordinación apunta a combatir el "crimen" de propiedad intelectual (*IP crime*), reuniendo a 19 agencias federales estadounidenses, los gobiernos de Canadá y México y las agencias intergubernamentales Interpol y Europol

En este contexto de control y cumplimiento de las normas de propiedad intelectual, la Oficina del Representante de Comercio de EEUU (USTR) cumple un papel fundamental examinando las normas y prácticas en materia de protección y cumplimiento de los derechos de propiedad intelectual a nivel mundial. Según la Sección 301 de la Ley de Comercio estadounidense, la USTR debe emitir un informe anual sobre la adecuación y eficacia de la protección de la propiedad intelectual en el mundo. La Sección 301 original de la Ley de Comercio de 1974 fue creada para enfrentar lo que EE.UU. interpretaba como una falta de observancia de los acuerdos comerciales internacionales, principalmente el GATT, autorizando al presidente a adoptar medidas económicas de presión, especialmente mediante el Sistema Generalizado de Preferencias (SGP).

La Sección 301 fue modificada en varias ocasiones: en 1984 transfiriendo la competencia del Departamento de Comercio a la USTR y en 1988 creando la Sección Especial 301, encomendando a la USTR la elaboración de un informe anual revisando las prácticas y políticas en materia de propiedad intelectual a nivel internacional. En este respecto, se ha advertido que las grandes corporaciones privadas tuvieron un papel preponderante en el diseño de esta norma, como expresión de su deseo de exportar el modelo de protección de propiedad intelectual estadounidense a nivel internacional (Escudero y Roffe, 2012:23).

Los informes anuales que elabora el USTR clasifican a los países en diversas categorías, que pueden anunciar la suspensión de beneficios comerciales como el Sistema General de Preferencias (SGP), la sujeción del caso al sistema de solución de controversias de la OMC o la adopción de otro tipo de medidas. La clasificación de los países se basa en el rango de las transgresiones, que transcurren desde las de menor consecuencia (Lista de observación-*Watch List*) hasta la más serias (País extranjero prioritario-*Priority Foreign*

Countries), pasando por una categoría intermedia (Lista de observación prioritaria-*Priority Watch List*) (Escudero y Roffe, 2012:24).

Tal capilaridad alcanza este informe que, por ejemplo, en el informe del año 2016 la USTR celebró los avances del gobierno argentino en la lucha contra el crimen callejero de propiedad intelectual: “las recientes redadas en los almacenes y el compromiso público de la administración Macri para combatir el crecimiento de los mercados ilegales en las calles envían una señal positiva” (USTR, 2016:48).⁵

Por su parte, en Europa también se han implementado programas y creado agencias especializadas para asegurar un mayor cumplimiento de los acuerdos de propiedad intelectual. Así, por ejemplo, en el año 2004 se aprobó la Directiva 2004/48/CE sobre la observancia de los derechos de propiedad intelectual, que estableció una serie de normas mínimas exigibles para todos los países de la Unión Europea destinadas a asegurar el cumplimiento de las normas de propiedad intelectual, con procedimientos y sanciones civiles (Parlamento y Consejo Unión Europea, 2004). A su vez, en 2005 la Comisión Europea propuso la aprobación de una segunda directiva y una decisión del Consejo (2005/0127/COD y 2005/0128/CNS), que obligaría a los Estados miembros a sancionar criminalmente una serie de infracciones a las normas de propiedad intelectual y que finalmente fue retirada formalmente por la Comisión en 2010 (Comisión Europea, 2005a).

Las actividades de control y cumplimiento de la UE no se han limitado al mercado interno de la Unión, sino que, muy por el contrario, se han destinado importantes esfuerzos para fortalecer los estándares en terceros países. Es este marco, la "Estrategia para la observancia de los derechos de propiedad intelectual en terceros países" (2005/C129/03) de la Comisión Europea propone una serie de medidas que implican exigencias que van más allá de lo que exige el AADPIC, con la determinación clara de trasplantar los estándares y políticas de observancia de la Unión Europea a otros países (Correa, 2009a:36, Comisión Europea, 2005b). Esta estrategia fue luego actualizada mediante la comunicación de la Comisión Europea “Comercio, crecimiento y propiedad intelectual. Estrategia para mejorar la protección y la garantía de respeto de los derechos de propiedad intelectual en los terceros países”, (COM (2014) 0389) (Comisión Europea, 2014a).

⁵ Los informes de la USTR desde 1989 a la actualidad se pueden encontrar en <https://ustr.gov/issue-areas/intellectual-property/special-301/previous-special-301-reports>

Más recientemente, la Unión Europea ha impulsado también un proyecto de cooperación con América Latina, llamado IP Key, destinado a aumentar los estándares de protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual en América Latina, con provisiones AADPIC-Plus.

De acuerdo a la información oficial, este programa, que es dirigido por la Comisión Europea e implementado por la Oficina de Propiedad Intelectual de la UE (EUIPO), tiene como objetivo “mejorar la situación de la protección y observancia de la Propiedad Intelectual en América Latina y contribuir a la igualdad de condiciones para las empresas europeas que operan en América Latina”. Para esto, expresan, el proyecto de cooperación “apoyará la introducción y difusión de los niveles de protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual de la Unión Europea en (sus) socios comerciales latinoamericanos, más allá de las obligaciones existentes en el AADPIC de la OMC, y el avance de la agenda de la UE sobre derechos de propiedad intelectual para América Latina” (UE, 2018).

IP Key América Latina fue lanzado oficialmente en Buenos Aires en 2018, junto con IP Key South East Asia que fue inaugurado en Bangkok en abril del mismo año con el mismo objetivo: que sus socios comerciales elevaran sus estándares de protección y observancia por sobre los mínimos del AADPIC, hasta por lo menos alcanzar la protección que la UE reconoce en su territorio, de forma de “nivelar el campo de juego” para sus empresas. Estos programas se construyen sobre experiencias anteriores de cooperación en materia de propiedad intelectual entre la UE y China, desde su incorporación a la OMC: IPR1 (1999-2004), IPR2 (2007-2011), y IP Key China (2013-2016 y 2017-2020) (UE, 2018).

La ofensiva de la observancia también se ha expresado en foros internacionales como el G8, en cuyas cumbres una de las prioridades ha sido fortalecer el marco legal internacional sobre la aplicación de los derechos de propiedad intelectual (Correa, 2009a:38). Así, por ejemplo, en 2007 los líderes del G 8 advertían que “la protección de la propiedad intelectual es columna vertebral de la innovación”, exigiendo una mayor protección y efectividad en la observancia de sus normas (G8, 2007:10).

A su vez, las acciones desplegadas por agencias gubernamentales de los Estados desarrollados se complementan o coordinan con las actividades emprendidas por los grupos empresariales. Es el caso, por ejemplo, del ITAC-15 (*Industry Trade Advisory Committee on Intellectual Property Rights*), que es el Consejo consultivo de la oficina del

USTR en materia de propiedad intelectual, compuesto exclusivamente por representantes del sector privado (Correa, 2009a:35). Como se verá más adelante, una de las integrantes de este Consejo consultivo tuvo un papel fundamental a la hora de construir a las infracciones a las normas de propiedad intelectual como una amenaza seria para la salud pública.

Asimismo, asociaciones empresarias internacionales han creado programas específicos para combatir la falsificación de bienes que violan las normas de propiedad intelectual. Es el caso de la ICC (*International Chamber of Commerce*) y su iniciativa *Business Action to Stop Counterfeiting and Piracy* (BASCAP) y la *Global Anti-Counterfeiting Group Network* que reúne organizaciones que se ocupan de la protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual en diversos países.

Además, como se desarrollará más adelante, organismos y agencias internacionales no necesariamente relacionadas con el comercio internacional, como la Interpol -la Organización Internacional de Policía Criminal, que es una organización intergubernamental con 194 países miembros que trabaja en la colaboración policial internacional- y la UNODC (*United Nations Office on Drugs and Crime*, que es una oficina especializada de Naciones Unidas), también intervienen activamente en la agenda de cumplimiento de las normas de propiedad intelectual. Estas agencias internacionales mantienen oficinas especializadas destinadas a combatir el “crimen de propiedad intelectual”, producen informes sobre la materia y proveen de asistencia técnica a los Estados. En este punto, son actores privilegiados en la construcción de las infracciones a la propiedad intelectual como un asunto de seguridad internacional que requiere la atención de los Estados y el destino de fondos públicos para su combate.

Medidas para una observancia reforzada

Como se dijo, la agenda de observancia de las normas de propiedad intelectual no persigue los mismos objetivos que la agenda más “tradicional”, de ampliación de los derechos de los propietarios y productores de propiedad intelectual. Sus promotores se enfocan, al menos formalmente, en el aseguramiento de los derechos y condiciones ya convenidas a nivel internacional, aun cuando estas medidas de aseguramiento impliquen en la práctica ir más allá de lo acordado en materia sustantiva.

En la amplia agenda de la observancia, los tratados bilaterales de inversión y de libre comercio cumplen un rol central con la expansión de derechos y el establecimiento de

obligaciones de cumplimiento más estrictas para los países en desarrollo, constituyendo una de las principales fuentes del derecho internacional en esta materia. Para el año 2013 se contabilizaban al menos 141 Acuerdos Preferenciales de Comercio con normas significativas sobre de propiedad intelectual (Seuba, 2017:99).

Estas negociaciones incluyen en los tratados diversos tipos de disposiciones ADPIC-plus, algunas de ellas dirigidas a reforzar la observancia. La extensión de la protección mediante derechos de propiedad intelectual a nuevas áreas no contempladas en el Acuerdo, la ampliación del periodo de protección de patentes u otros derechos, la exigencia de adhesión o ratificación de otros tratados (como UPOV 1991, WCT, WPPT, PLT, TLT, Budapest⁶), la transformación de cláusulas de carácter facultativo del AADPIC en normas obligatorias, la exigencia de un uso más amplio de los sistemas de justicia penal para abordar las infracciones de los derechos de propiedad intelectual, la inclusión de normas especiales sobre solución de controversias y la definición de los derechos de propiedad intelectual como “inversión” (con la posibilidad de recurrir a mecanismos de solución de controversias Inversor-Estado), son algunas de las formas en que estos acuerdos refuerzan la protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual (Tekeste y Muñoz 2008:31).

Por su parte, se ha señalado que el objetivo principal de la “ofensiva del cumplimiento” consiste en introducir cambios en la legislación interna de los países en desarrollo y modificar prácticas en las administraciones y agencias que intervienen de alguna forma en la protección de los derechos de propiedad intelectual. Entre estas revisiones de normas y prácticas nacionales destacan el establecimiento de agencias y tribunales especializados, la sanción criminal de las violaciones de propiedad intelectual, la revisión de la estructura sancionatoria para asegurar que las penas sean lo suficientemente disuasorias, la posibilidad de que los consumidores de piratería sean también criminalizados, la reducción de los costos judiciales para los titulares de derechos de propiedad intelectual, la facilitación de los controles en las fronteras, entre otras muchas (Correa, 2009a:39).

⁶ UPOV: Convención de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales de 1991, WCT: Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, WPPT: Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, PLT: Tratado de la OMPI sobre el Derecho de Patentes, TLT: Tratado de la OMPI sobre el Derecho de Marcas y el Tratado de Budapest sobre el reconocimiento internacional del depósito de microorganismos para los fines del procedimiento de patentes.

Una demanda persistente en el contexto de la agenda de observancia, por ejemplo, es que los Estados en desarrollo implementen unidades especiales dentro de la administración pública enfocadas en la persecución de las infracciones a las normas de propiedad intelectual y creen tribunales especiales para esta materia. Al respecto, el artículo 41.5 del Acuerdo sobre los ADPIC prevé expresamente que los Estados miembros no se encuentran obligados a establecer jurisdicciones o fueros especializados para el cumplimiento de las normas allí instituidas, así como tampoco tienen la obligación de destinar recursos especiales para la observancia de los derechos de propiedad intelectual reconocidos.⁷ Esta, precisamente, es una de las facultades previstas en el actual régimen internacional de propiedad intelectual que la agenda de observancia tiene dentro de sus objetivos revertir. Toda esta institucionalidad estatal destinada a asegurar el cumplimiento de las leyes de propiedad intelectual, sería sustentando con las arcas públicas de los propios Estados en desarrollo, aun cuando los beneficiados por estas medidas sean, casi exclusivamente, empresas con base en terceros países. Para los países en desarrollo el aumento de las actividades destinadas a asegurar el cumplimiento de las leyes de propiedad intelectual podría implicar el uso de recursos que ya son escasos, y destinarlos a la protección de intereses comerciales de empresas extranjeras de los países ricos, en contextos nacionales con altos índices de pobreza y desigualdad (Correa, 2009a: 30).

A pesar de esta aparente contradicción entre los intereses en juego y prioridades en materia de políticas públicas -en que a países con recursos escasos y necesidades urgentes se les exige destinar esfuerzos para asegurar las ganancias de empresas extranjeras- muchos países en desarrollo han establecido órganos administrativos o judiciales para abordar este tema. Por ejemplo, Brasil dispuso la creación del Consejo Nacional Antipiratería (CNCP) bajo la coordinación del Ministerio Federal de Justicia, y países como Chile, Malasia y Filipinas han creado tribunales especializados dedicados a la observancia de los derechos de propiedad intelectual (Correa, 2009a: 54).

⁷ Artículo 41.5 AADPIC: Queda entendido que la presente Parte (Parte III del AADPIC - Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual) no impone ninguna obligación de instaurar un sistema judicial para la observancia de los derechos de propiedad intelectual distinto del ya existente para la aplicación de la legislación en general, ni afecta a la capacidad de los Miembros para hacer observar su legislación en general. Ninguna disposición de la presente Parte crea obligación alguna con respecto a la distribución de los recursos entre los medios destinados a lograr la observancia de los derechos de propiedad intelectual y los destinados a la observancia de la legislación en general.

Otro punto central en la ofensiva de observancia es el aseguramiento de los derechos de propiedad intelectual mediante el derecho penal. A pesar de que el Acuerdo sobre los ADPIC sólo exige sancionar penalmente algunas infracciones específicas, de sólo algunos derechos de propiedad intelectual, en el marco de la agenda de observancia se pretende expandir su aplicación a todo tipo de infracción respecto de cualquier tipo de derecho de propiedad intelectual. De esta forma, los países desarrollados demandan a los países en desarrollo que implementen estándares de observancia que incluso exceden lo que en realidad se aplica en sus propios países (Correa, 2009a:30).

La ampliación y fortalecimiento de las facultades de las autoridades de aduana también es una de las exigencias que integran la agenda de observancia de las normas de propiedad intelectual, de forma de impedir lo más posible el tránsito e ingreso de productos que puedan de alguna forma implicar infracción de estas normas. Si bien el Acuerdo sobre los ADPIC incluye previsiones en este respecto y establece obligaciones para los Estados, de la misma forma que ocurre con la sanción criminal, en la agenda de observancia se pretende expandir y reforzar esas obligaciones a favor de los propietarios y productores.

Brevemente revisaremos cómo se despliega esta estrategia de expansión de las normas incluidas en el AADPIC respecto de las obligaciones de protección mediante normas penales y las medidas que se exige que los Estados adopten en frontera para prevenir incumplimientos.

La criminalización expansiva de las infracciones de propiedad intelectual.

La expansión de los conceptos de falsificación y piratería (*counterfeiting* y *piracy*) ha cumplido un papel central en las iniciativas impulsadas por los países desarrollados para fortalecer las reglas y mecanismos de observancia.

Como resultado de este enfoque maximalista, la falsificación y la piratería se confunden con otras infracciones en los que no existe un comportamiento criminal en los términos del AADPIC-como podría ser el caso de una cita no atribuida de un trabajo con derechos de autor, la descarga de una pieza de música de un sitio de Internet o la infracción de una patente por parte de un competidor. La expansión de estos conceptos iguala indebidamente casi cualquier infracción de las normas de propiedad intelectual con la comisión de un delito y a partir de aquí el cumplimiento de las normas de propiedad intelectual, que en principio están hechas para preservar los derechos patrimoniales de los

titulares, se eleva a la categoría de una herramienta más en la lucha contra el delito y el crimen organizado (Correa, 2009a:32; Seuba, 2017: 373).

Mientras que estas demandas tienden a poner las violaciones de los derechos de propiedad intelectual al mismo nivel que otros crímenes graves, se ha señalado que, para muchos países en desarrollo, el cumplimiento de los derechos de propiedad intelectual no es, ni debería ser, una prioridad nacional (Correa, 2009a: 54). Además, este tipo de obligaciones no derivan del Acuerdo sobre los ADPIC, sino que se trata de normas ADPIC-plus que van más allá de lo acordado a la hora de acceder a la OMC.

El artículo 61 del Acuerdo sobre los ADPIC exige la tipificación como delito penal de un determinado tipo violaciones de algunos -y sólo algunos- derechos de propiedad intelectual. Las sanciones criminales en este Acuerdo se limitan a violaciones del derecho de marcas y del derecho de autor, sólo cuando se trate de falsificación o piratería (no otras infracciones), sólo cuando sean infracciones dolosas y exclusivamente cuando estas infracciones sean a "escala comercial". El alcance de la obligación de represión criminal está determinado por la lectura conjunta del artículo 61 del AADPIC, que obliga a sancionar penalmente la falsificación y piratería dolosa a escala comercial⁸, y la nota al pie número 14 del artículo 51 del AADPIC, que define los conceptos de "productos de marca falsificados" y "bienes pirata que lesionan el derecho de autor"⁹ (Correa, 2009a: 40).

⁸ Artículo 61 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. Los recursos disponibles comprenderán la pena de prisión y/o la imposición de sanciones pecuniarias suficientemente disuasorias que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente. Cuando proceda, entre los recursos disponibles figurará también la confiscación, el decomiso y la destrucción de las mercancías infractoras y de todos los materiales y accesorios utilizados predominantemente para la comisión del delito. Los Miembros podrán prever la aplicación de procedimientos y sanciones penales en otros casos de infracción de derechos de propiedad intelectual, en particular cuando se cometa con dolo y a escala comercial.

⁹ Nota al pie 14, artículo 51 AADPIC: Para los fines del presente Acuerdo:

a) se entenderá por "mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas" cualesquiera mercancías, incluido su embalaje, que lleven puesta sin autorización una marca de fábrica o de comercio idéntica a la marca válidamente registrada para tales mercancías, o que no pueda distinguirse en sus aspectos esenciales de esa marca, y que de ese modo lesione los derechos que al titular de la marca de que se trate otorga la legislación del país de importación;

b) se entenderá por "mercancías pirata que lesionan el derecho de autor" cualesquiera copias hechas sin el consentimiento del titular del derecho o de una persona debidamente autorizada por él en el país de producción y que se realicen directa o indirectamente a partir de un artículo cuando la realización de esa copia habría constituido infracción del derecho de autor o de un derecho conexo en virtud de la legislación del país de importación.

Ambos conceptos se encuentran expresamente definidos en el Acuerdo, delimitando claramente las conductas sobre las cuales los Estados están obligados a tomar medidas penales para asegurar la vigencia de los derechos de propiedad intelectual. Infracciones a otra categoría de derechos prevista en el Acuerdo, como la violación del derecho de patentes o indicaciones geográficas, no se encuentran incluidas entre las que exigen este tipo de acciones.

Además, en ambos casos, tanto respecto a “productos de marca falsificados”, como los “bienes pirata que lesionan el derecho de autor”, el AADPIC exige que se trate de una infracción “a escala comercial”. Sólo en este caso es exigible la obligación de sancionarlas criminalmente. Dado que el AADPIC no define qué se debe entender por “escala comercial”, los miembros de la OMC tienen un amplio margen de apreciación para definir su significado en cada contexto nacional, de acuerdo con sus propias leyes. Los Estados miembros pueden proporcionar sus propias definiciones al respecto, sujeto solo a las reglas interpretativas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Correa, 2009a: 40).

En este punto es de especial interés un caso dirimido en el mecanismo de solución de controversias de la OMC, iniciado por los Estados Unidos por la supuesta falta de protección brindada por China frente a determinadas infracciones a las normas de propiedad intelectual (EE.UU. - China – Medidas que afectan a la protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual. DS.362). Uno de los puntos centrales de la controversia giraba en torno al contenido y alcance de la exigencia de “escala comercial” del artículo 61 del AADPIC. Mientras China ponía el énfasis en que para evaluar si se trataba de una infracción a “escala comercial” se debía verificar “una magnitud significativa de actividad infractora”, Estados Unidos -y Canadá y la UE que participaron como terceros- pretendían igualar este concepto con el de “beneficio económico” o “ganancia financiera”.

El informe del Grupo Especial¹⁰ que luego fue adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, explicó que “estas interpretaciones son insatisfactorias, ya que

¹⁰ En respuesta a la solicitud presentada por los Estados Unidos, el 25 de setiembre de 2007 el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC estableció un Grupo Especial para: “Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados invocados por los Estados Unidos en el documento WT/DS362/7, el asunto sometido al OSD por los Estados Unidos en ese documento, y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos.” (WT/DS362/R, párr. 1.3)

parecen equiparar "escala comercial" con "fines comerciales" o simplemente con "comercial", que no son las palabras utilizadas en el artículo 61 (WT/DS362/R, párrs. 7.546, 7.547, 7.548 y 7.564). El Órgano de Solución de Diferencias aclaró que lo que se debe aplicar es una "definición contextual" del concepto de "escala comercial". Explicaron que no se puede definir a priori qué es "escala comercial", en tanto no se trata de una exigencia meramente cuantitativa, ni mucho menos se puede equiparar simplemente con la generación de un beneficio económico. La exigencia de escala comercial del artículo 61 del AADPIC se relaciona con el tipo de infracción particular de que se trate, respecto de un producto determinado, en un mercado específico. Escala comercial se refiere a "la magnitud o la medida de la actividad comercial típica o usual con respecto a un producto determinado en un mercado determinado"¹¹ (OMC, 2009).

Pues bien, a pesar del alcance limitado del artículo 61, las condiciones que este impone y el amplio margen de maniobra que el AADPIC deja a cada Estado para la interpretación a nivel nacional, la "ofensiva de la observancia" pretende extender la aplicación de sanciones penales a cualquier acto comercial infractor, aunque no sea "a escala comercial" y aunque las infracciones no se correspondan con las categorías expresamente definidas de falsificación de marcas y piratería de derechos de autor (Correa, 2009a: 42). Asimismo, algunos acuerdos internacionales también apuntan a definir en su texto qué se debe entender como "escala comercial", escapando de la definición contextual que estableció la OMC. Así, por ejemplo, el texto del CTPP (*Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership*) -que es el acuerdo que reemplazó al TPP luego de su fracaso producto del retiro de los Estados Unidos- establece expresamente que se entenderá que existe una infracción a "escala comercial" cuando se trate de "actos realizados para obtener un beneficio comercial o ganancia financiera" o cuando, aun sin beneficio económico "tengan un impacto perjudicial significativo en el interés del titular del derecho" en su posición de mercado (cfr. Art. 18.77 CPTPP).

Para los titulares de derechos, la criminalización de las infracciones a las normas de propiedad intelectual se presenta como una medida de cumplimiento más efectiva y con

¹¹ "Una 'escala comercial' es la magnitud o la medida de la actividad comercial típica o usual. Por consiguiente, la falsificación o la piratería 'a escala comercial' se refiere a la falsificación o la piratería realizadas con la magnitud o la medida de la actividad comercial típica o usual con respecto a un producto determinado en un mercado determinado. [...] lo que constituye una escala comercial para la falsificación o la piratería de un producto particular en un mercado particular dependerá de la magnitud o la medida que sea típica o usual con respecto a ese producto en ese mercado, que puede ser pequeña o grande." WT/DS362/R, párr. 7.577.

un efecto disuasivo mayor que las sanciones civiles y comerciales. Además, el abordaje penal de estas infracciones implica una serie de ventajas para los titulares de derechos, especialmente porque las acciones persecutorias pueden ser iniciadas de oficio por los agentes estatales y los costos de los procedimientos corren generalmente por cuenta del Estado (Correa, 2009a: 42).

Además, como se adelantó, la ofensiva destinada a fortalecer los mecanismos de observancia de los derechos de propiedad intelectual impulsada por los países desarrollados, implica muchas veces el establecimiento de estándares y procedimientos que van más allá de los que existen efectivamente en esos países. Así, por ejemplo, mientras que la utilización del derecho penal no es el método preferido para hacer cumplir los derechos de propiedad intelectual en los países desarrollados, la aplicación de la ley penal es ahora la principal herramienta de cumplimiento en los países en desarrollo (Harms, 2007:14).

Por ejemplo, en materia de patentes ni los Estados Unidos ni Canadá prevén sanciones criminales para este tipo de infracción, pero países como la Argentina, Brasil y Tailandia, sí hacen uso del derecho penal en contra de los infractores. (Correa, 2009a:42). Lo propio ocurre con la Unión Europea. Como se explicó más arriba, cuando se discutió la sanción de una Directiva especial con sanciones criminales para proteger los derechos de propiedad intelectual, la falta de acuerdo entre los Estados miembros respecto de la inclusión de las patentes en este mecanismo, que era impulsada por un intenso lobby de la industria farmacéutica, llevó al retiro del borrador (Alfer, 2007).

Tan dispar es la situación que, por ejemplo, en 2004 apenas el 1.33% de los casos de infracciones a las normas de propiedad intelectual en los Estados Unidos fueron procesados penalmente mientras que ese mismo año los procesos penales iniciados en Taiwán fueron el 60,61% del total de procesos por violaciones a normas de propiedad intelectual, en Vietnam fueron el 77,42% y en Tailandia se alcanzó el 96,19%. Solo el 3% de las infracciones a normas de propiedad intelectual en Tailandia fueron abordadas mediante procesos civiles (Pinyosinwat, 2007:5).

A primera vista, no parece razonable que, en contextos nacionales de recursos escasos y con prioridades de política criminal que se pueden entender a priori como más urgentes, los Estados en desarrollo decidan destinar sus recursos a la persecución penal de infracciones a las normas de propiedad intelectual, en los que, por lo general, los intereses

protegidos son esencialmente de naturaleza comercial y en beneficio de personas jurídicas de terceros países (Correa, 2009a:43).

Además, este tipo de regulaciones que privilegian la utilización del derecho penal para asegurar derechos patrimoniales en materia de propiedad intelectual, difícilmente consideran que su aplicación puede significar que porciones significativas de las poblaciones de los países en desarrollo no tengan acceso a los productos protegidos por derechos de propiedad intelectual, que vienen a atender necesidades de salud pública, educación, alimentación, cultura, etc. (Correa, 2009a: 30).

Más y más robustas medidas en frontera

Los gobiernos e industrias de los países desarrollados han defendido firmemente la ampliación de las medidas que las autoridades aduaneras y los tribunales de justicia pueden o deben adoptar para controlar el movimiento de mercancías sospechadas de infringir derechos de propiedad intelectual a través de las fronteras (Correa, 2009a:48).

El artículo 51 del AADPIC¹², por un lado, establece que los Estados adoptarán procedimientos para que los titulares de derechos puedan solicitar medidas judiciales o administrativas para evitar el ingreso de "productos de marca falsificados" y "bienes piratas que lesionan el derecho de autor". Además, dispone que los Estados podrán adoptar medidas similares para cuando se trate de la exportación (no ya la importación) de estos productos o frente a otro tipo de infracciones de propiedad intelectual.

Es decir, los Estados sólo están obligados a establecer mecanismos de control de frontera para la importación de productos y sólo para casos específicos de infracción, según se define expresamente en la nota 14 del artículo 51. No existe obligación respecto de la

¹² Artículo 51: Suspensión del despacho de aduana por las autoridades aduaneras. Los Miembros, de conformidad con las disposiciones que siguen, adoptarán procedimientos para que el titular de un derecho, que tenga motivos válidos para sospechar que se prepara la importación de mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas o mercancías pirata que lesionan el derecho de autor, pueda presentar a las autoridades competentes, administrativas o judiciales, una demanda por escrito con objeto de que las autoridades de aduanas suspendan el despacho de esas mercancías para libre circulación. Los Miembros podrán autorizar para que se haga dicha demanda también respecto de mercancías que supongan otras infracciones de los derechos de propiedad intelectual, siempre que se cumplan las prescripciones de la presente sección. Los Miembros podrán establecer también procedimientos análogos para que las autoridades de aduanas suspendan el despacho de esas mercancías destinadas a la exportación desde su territorio.

Nota 13 del artículo 51: Queda entendido que no habrá obligación de aplicar estos procedimientos a las importaciones de mercancías puestas en el mercado en otro país por el titular del derecho o con su consentimiento, ni a las mercancías en tránsito.

La nota 14 incluye las definiciones de "productos de marca falsificados" y "bienes piratas que lesionan el derecho de autor" a las que ya se hizo referencia.

exportación de productos piratas o falsificados ni tampoco para el control de las mercancías que se encuentran en tránsito.

El AADPIC tampoco prevé obligaciones de este tipo para otros casos de infracción, como puede ser la importación de productos que infrinjan la ley de patentes o indicaciones geográficas. Al respecto Correa ha advertido que mientras que los productos falsificados o pirata son relativamente fáciles de identificar para los agentes aduaneros, sin que sean necesarios estudios o análisis complejos, en el caso de infracciones de otros derechos, especialmente en el caso de las patentes, no pareciera ser el caso. La determinación de una infracción a una patente puede ser extremadamente difícil, exigiendo la realización de pruebas, la producción de evidencia por personal técnico y legal calificado, sumado a las discusiones en torno a la validez y alcance territorial de la patente y las excepciones aplicables (Correa, 2009a:49).

Además, el AADPIC se limita a ordenar a los Estados que dispongan de procedimientos para que los titulares de derechos de propiedad intelectual soliciten este tipo de medidas de control, pero no establece la obligación estatal de adoptar estas medidas *ex officio*. Sin embargo, los países desarrollados y algunas industrias, especialmente la farmacéutica, han sido muy activos en el impulso de cambios en la regulación de los controles en frontera.

En este proceso la Organización Mundial de Aduanas (OMA) ha cumplido también un papel central, sosteniendo la implementación de estándares que van mucho más allá de lo acordado en el Acuerdo sobre los ADPIC. La OMA desarrolló durante 2007 una serie de estándares aplicables para el control de las infracciones de propiedad intelectual en frontera llamado SECURE (*Standards to be Employed by Customs for Uniform Rights Enforcement*), en el que se establecían normas que van mucho más allá de las obligaciones efectivamente asumidas por los Estados (Li, 2009b).

En 2009 Correa realizó una comparación entre las obligaciones asumidas por los Estados mediante la firma del AADPIC en materia de control de bienes y observancia de derechos de propiedad intelectual en la frontera, y los estándares impulsados por la industria en la OMA con la iniciativa SECURE, advirtiendo que, además de exceder el mandato de la OMA, se trata de provisiones del tipo AADPIC-plus a las que los países en desarrollo no tienen por qué adherir (Correa, 2009a:50-1).

Desde la perspectiva de Sell, SECURE “amplía dramáticamente el alcance y el nivel de las protecciones para la observancia, más allá de los ADPIC”. Tanto es así que para Sell se trata de una nueva categoría que califica de “Trips-Plus-Plus”, en tanto “extiende el alcance de la importación e incluye a exportación, tránsito, almacenes, transbordo, zonas libres y zonas de procesamiento de exportación; extiende la protección de marcas y derecho de autor a todos los demás tipos de derechos de propiedad intelectual; elimina las obligaciones de los titulares de derechos de proporcionar evidencia adecuada de que existe una infracción prima facie para iniciar un procedimiento; requiere que los gobiernos designen una autoridad única como punto de contacto para la Aduana; otorga a las administraciones aduaneras la autoridad legal para imponer sanciones disuasorias contra entidades involucradas a sabiendas en la exportación o importación de bienes que violen cualquier norma de derechos de propiedad intelectual (en lugar de solo la falsificación de marcas y la piratería de derechos de autor)”, etc. (Sell, 2010:13).

Mientras, las regulaciones europeas sobre medidas de frontera frente a vulneraciones de derechos de propiedad intelectual tuvieron gran impacto en el movimiento de medicamentos genéricos que se encuentran en tránsito en las aduanas europeas hacia países en desarrollo. Entre 2008 y 2010, 22 embarques de medicamentos genéricos en ruta desde India a destinos en América Latina y África fueron incautados en diversos puertos europeos (Acquah, 2017:35). Estos medicamentos se habían fabricado y exportado legalmente desde la India y, en los países de destino, habrían sido importados, comercializados y consumidos legalmente. Sin embargo, el Reglamento CE 1383/2003 que regulaba las medidas de control fronterizo de la Unión Europea permitía a los titulares de patentes de la UE exigir la incautación de bienes en infracción de derechos de propiedad intelectual (incluidos productos farmacéuticos) que se encontraran en tránsito (Consejo Unión Europea, 2003). Las autoridades de aduana tenían la facultad de detener cargamentos aun en aquellos casos en que el titular del derecho no lo solicitara expresamente (Matthews, 2012:53).

En particular, las autoridades de los Países Bajos confiscaron y destruyeron, demoraron o regresaron gran cantidad de cargamentos de medicamentos genéricos provenientes de la India por infringir derechos de patentes, en aplicación del el Reglamento CE 1383/2003. Por esto, en 2010 la India (caso DS408) y luego Brasil (caso DS409) iniciaron procesos de consulta en el mecanismo de solución de controversias en la OMC en contra

de los Países Bajos y la Unión Europea, a los que luego se sumaron Canadá, Ecuador China, Japón y Turquía.

En julio de 2011 la India anunció que se había arribado a un “Entendimiento” en virtud del cual la Unión Europea ya no interceptará medicamentos genéricos en tránsito a menos que existan pruebas suficientes para satisfacer a las autoridades aduaneras de que existe una probabilidad sustancial de desvío de dichos medicamentos al mercado de la UE. Asimismo, la Unión Europea anunció su voluntad de modificar el Reglamento CE 1383/2003. A cambio, India acordó no solicitar la conformación de un Panel de solución de controversias, aunque los procesos no fueron retirados y los reclamantes conservan la opción de revivir la disputa (Baker, 2012).

En el intertanto en 2011 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dictó sentencia en los casos “Philips” y “Nokia” en los que estableció que las mercancías procedentes de un Estado no miembro de la UE que son imitaciones de mercancías protegidas por una marca comercial o copias de mercancías protegidas por derechos de autor, solo pueden considerarse como mercancías falsificadas o pirateadas si son objeto de un acto comercial dirigido a los consumidores de la UE, como la venta, la oferta de venta o la publicidad (TJUE, 2011). De esta forma, “el TJUE hizo que las fronteras de la UE sean amigables con el tránsito, otorgando así a los medicamentos genéricos un paso seguro” (Acquah, 2014:406).

Con este proceso internacional y las sentencias del TJUE como telón de fondo, y con el compromiso de corregir el problema de la incautación de medicamentos genéricos en tránsito, en 2013 se aprobó un nuevo Reglamento que entró en vigencia en 2014 (EU 608/2013), en el que se dispuso que, al evaluar un riesgo de infracción de los derechos de propiedad intelectual, las autoridades aduaneras deben “tener en cuenta cualquier probabilidad importante de desvío de dichos medicamentos al mercado de la Unión” (Parlamento y Consejo Unión Europea, 2013).

Sin embargo, las críticas persistieron. La nueva reglamentación contiene una definición amplia de productos falsificados, prevé la posibilidad de procedimientos suspensivos de productos en tránsito y establece medidas de control de frontera amplias para todos los tipos de derechos de propiedad intelectual (marcas, derecho de autor, diseños, patentes, indicaciones geográficas, variedades vegetales, etc.). Las preocupaciones se mantuvieron luego cuando en 2015 la UE aprobó una nueva Directiva para la protección de marcas

registradas (EU 2015/2424). En la reunión del Consejo del AADPIC de la OMC de 2016, India, Brasil, China y Sudáfrica expresaron su descontento por las regulaciones sobre los medicamentos en tránsito en la UE en esta nueva directiva (Acquah, 2017).

Por su parte, vale recordar que la empresa Monsanto también hizo uso de este Reglamento con el objeto de presionar a países en desarrollo, en particular la Argentina: en 2005 Monsanto impulsó acciones en Europa contra la importación desde Argentina de alimentos procesados de soya donde los granos utilizados contenían un gen protegido por patente en Europa. Esta, vale señalar, fue sólo una más de las tantas estrategias desplegadas por Monsanto para avanzar en la protección de sus producciones en la Argentina (Fries, López y Sánchez, 2019).

Aunque el gen RR de Monsanto no goza de protección de patente en Argentina la empresa había comenzado a exigir el pago de regalías de hasta 15 dólares por tonelada, una cantidad que, en caso de pago, provocaría la quiebra de miles de productores. Ante la negativa argentina, Monsanto demandó a los importadores europeos “especulando que, dada la amenaza inminente de enfrentar acciones legales contra cada envío de harina de soya argentina, los importadores europeos recurrirían a otros proveedores o eventualmente aceptarían pagar a Monsanto una regalía, cuyo costo terminaría siendo transferido a los productores y exportadores argentinos” (Correa, 2009b:86).

Por aplicación del reglamento CE 1383/2003, Monsanto logró retener en 2005 cargamentos argentinos en Dinamarca, Países Bajos España y Reino Unido. El costo de cada detención debió ser solventado por los importadores, por una suma de entre 200.000 y 300.000 euros por cada embarque, lo que alcanzaba los 850.000 euros por las garantías que debía pagar el importador a Monsanto (Correa, 2009b:90).

En 2007 tribunales de España y el Reino Unido rechazaron la petición de Monsanto, mientras que en 2008 la Corte de la Haya solicitó un pronunciamiento prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En 2010 el TJUE rechazó el planteo de Monsanto entendiendo que la regulación europea “no confiere protección de derecho de patente cuando el producto patentado se contiene en la harina de soya, donde no ejerce la función para la que fue patentado, pero la ejerció antes en la planta de soya, cuya harina es un producto derivado” (TJUE, 2010).

Correa calificó la acción de Monsanto como “un caso de manual de ‘litigio estratégico’”, en el que aun con “pocas posibilidades de éxito o ningún interés real en obtener una resolución final, la acción legal se usa para presionar y crear incertidumbre para las partes con el fin de imponerles ciertos términos y condiciones comerciales”. Además, la utilización del reglamento de 2003 por Monsanto “ilustra el riesgo de medidas fronterizas ADPIC-plus”, como las impulsadas en el seno de la Organización Mundial de Aduanas (Correa, 2009b:96).

ACTA, TPP y el *gold standard* de la observancia

Expresión paradigmática de esta ofensiva de la observancia de la propiedad intelectual fue el fallido Acuerdo Comercial de Anti-falsificación o ACTA (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*) y las normas de propiedad intelectual contenidas en el Acuerdo de Comercio Transpacífico o TPP (*Trans-Pacific Trade Agreement*).

Una novedad del ACTA es que fue un tratado internacional específicamente pensado para asegurar una observancia reforzada de los derechos de propiedad intelectual y, al menos formalmente, no establecía nuevos derechos sustantivos. Durante las negociaciones se puso especial énfasis en el peligro que las violaciones a las normas de propiedad intelectual representaban para la sostenibilidad del sistema de comercio internacional. La merma de ganancias comerciales de las empresas titulares de los derechos de propiedad intelectual, las pérdidas de los gobiernos al no poder cobrar impuestos por la venta de esos productos y el perjuicio sistémico como consecuencia de la destrucción de los incentivos para la innovación y el desarrollo, eran los argumentos centrales que impulsaban la creación de normas más estrictas en materia de cumplimiento.

El texto acordado en Japón en 2011¹³, en su parte considerativa, refería explícitamente que “la observancia efectiva de los derechos de propiedad intelectual es crucial para sostener el crecimiento económico global y de todas las industrias” y argumentaba que la proliferación de mercancías falsificadas y piratas “deteriora el comercio legítimo y el desarrollo sostenible de la economía mundial.”

En 2007 cuando la Comisión Europea anunció su intención de avanzar en la negociación de este acuerdo, el comisionado de comercio explicaba que “Europa siempre ha estado a

¹³ Fue firmado el 1 de octubre de 2011 por Australia, Canadá, Corea del Sur, los Estados Unidos de Norte América, Japón, Marruecos, Nueva Zelanda y Singapur. Durante los primeros meses de 2012 también lo firmaron la Unión Europea (y 22 de sus miembros) y México.

la vanguardia de los intentos mundiales de proteger los derechos de propiedad intelectual y luchar contra la falsificación. Un nuevo tratado internacional contra la falsificación fortalecerá la cooperación global y establecerá nuevas normas internacionales, ayudando a crear un nuevo estándar de oro global para la observancia de los derechos de propiedad intelectual” (Comisión Europea, 2007).

El ACTA ha sido el mayor tratado internacional en materia de medidas de observancia de normas de propiedad intelectual, con estrictas exigencias para los Estados parte, entre ellas, una amplia gama de previsiones criminales en contra de los infractores (Hoffman, 2012). El acuerdo desarrollaba extensamente las obligaciones de observancia previstas en el AADPIC, pero apenas hacía referencia a las garantías o derechos de los supuestos infractores. Además, avanzaba sobre aspectos no regulados en el AADPIC, como la observancia de la propiedad intelectual en el ámbito digital, preveía la ampliación de las acciones civiles y penales frente a casi cualquier incumplimiento e incluía nuevas facultades y obligaciones de control en las fronteras. También establecía algunas normas para la definición de conceptos centrales en materia de observancia -como “falsificación” y “productos pirata”-, más allá del AADPIC y se dirigía a reforzar la observancia de todas las categorías de derechos previstos en el Acuerdo, aun cuando el capítulo de observancia se restringe sólo a algunas (Scuba, 2017:112-120).

Este acuerdo plurilateral, de entrar en vigencia, marcaría el comienzo de una observancia radicalmente más fuerte, con un aumento de las sanciones penales y las medidas en frontera. Es así que se ha alertado que “el ACTA está preparado para crear un mundo nuevo: uno en el que las sanciones penales son obligatorias contra el intercambio de archivos entre pares (*peer-to-peer filesharing*); los gobiernos hacen el trabajo legal por parte de los propietarios de contenido; las empresas que dependen de importaciones paralelas (como eBay) pierden su modelo de negocio; se pueden requisar computadoras portátiles o iPod en las fronteras; y la información obtenida de las requisas fronterizas se compartirá entre las autoridades fronterizas de los países signatarios”. El ACTA será, en definitiva, “una amalgama de las medidas de observancia más estrictas de numerosos países, y carecerá de las excepciones cruciales que actualmente están incorporadas en las leyes de cada país” (Kaminski, 2009:247).

Durante su negociación se alegó también que las negociaciones de ACTA “no son más que el último ejemplo de ‘cambio de foro’, una táctica bien documentada que

aparentemente se está desplegando como parte de un esfuerzo coordinado nodalmente por parte de los propietarios de propiedad intelectual para aumentar los estándares internacionales para la protección de los derechos privados de propiedad intelectual privada”. Así, algunos alegaron que era “simplemente un esfuerzo por parte de los propietarios de propiedad intelectual para socializar los costos de la observancia de sus cada vez más valiosos derechos privados de propiedad intelectual, mediante reforzados procedimientos y remedios penales y de observancia en las fronteras” (McManis, 2009: 1237).

El ACTA, también se señaló, es parte de “un movimiento cuidadosamente calculado para aumentar la protección de la propiedad intelectual fuera de las sedes existentes de la OMPI o la OMC. Lo que hace que el ACTA sea un punto de inflexión más radical que incluso los acuerdos bilaterales existentes es que su objetivo no es crear un acuerdo entre varios países, sino un estándar global sobre infracción de derechos de autor, sin pasar por ningún verdadero proceso multilateral” (Kaminski, 2009:250). Esto es, precisamente, lo que anunciaba la Comisión Europea sobre su intención de alcanzar “un nuevo estándar de oro global” (Comisión Europea 2007). Según Kaminski, el acuerdo refleja “una forma de acoso internacional (*international bullying*), donde los países económicamente poderosos, frustrados por los bloqueos erigidos en foros internacionales que alguna vez apoyaron, han salido de esos foros para crear nuevos estándares” (Kaminski, 2009:255).

El ACTA fue firmado en octubre de 2011 pero luego del rechazo del Senado mexicano y el Parlamento Europeo en 2012, nunca entró en vigencia. Sin perjuicio de esto, el ACTA constituye el más importante antecedente dentro de la agenda de observancia de la propiedad intelectual. En este punto se ha advertido que aun cuando la implementación del tratado fracasó, el contenido del ACTA está dando forma a los nuevos tratados bilaterales y multilaterales que abordan cuestiones sobre el cumplimiento de normas de propiedad intelectual, como es el caso del PPT. Además, las reglas y criterios contenidos en el Acuerdo han sido considerados como un estándar en virtud del cual Estados Unidos o la Unión Europea evalúan unilateralmente el desempeño de otros países en el respeto de las normas de propiedad intelectual (Seuba, 2017: 100).

Mientras, el TPP, que fue firmado en febrero de 2016 por 12 países¹⁴, ha sido calificado como “el acuerdo comercial más sofisticado consagrando estándares de propiedad intelectual, incluidos estándares de observancia” (Zaccato, 2018). Sin embargo, la posibilidad de entrar en vigencia se esfumó cuando, un año después, luego de la asunción de D. Trump a la presidencia estadounidense, quienes habían sido los principales impulsores anunciaron su retiro del acuerdo. Los países restantes decidieron avanzar igualmente en un acuerdo plurilateral, que dio como resultado la firma del Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico (CPTPP, conocido como TPP-11) en marzo del 2018.

Ese mismo año el entonces director ejecutivo del centro de estudios South Centre Martin Khor advertía que “el nuevo pacto comercial CPTPP es muy parecido al antiguo TPP”. Al respecto, señalaba que “con los Estados Unidos fuera de juego, el balance de costo-beneficio ha cambiado. Los beneficios se han reducido, pero los costos permanecen mientras se mantengan los temas controvertidos” (Khor, 2018). Es que, efectivamente, el texto de este nuevo acuerdo es el mismo que el del TPP: la única diferencia es que de entre sus más de mil artículos se acordó la suspensión de la aplicación de veintidós cláusulas, impulsadas principalmente por los Estados Unidos. Entre ellas se suspenden algunas disposiciones que afectan negativamente el acceso a los medicamentos, como la obligación de permitir patentes para un segundo uso o para un nuevo uso de un medicamento y la extensión del plazo de la patente si un país retrasa su concesión. Según Khor, la suspensión, más que su eliminación, es una previsión de que los EE.UU. pueden regresar al acuerdo. Más allá de los artículos suspendidos, el CPTPP mantiene un exhaustivo capítulo de propiedad intelectual de ochenta páginas, con detalladas normas de observancia aplicables en los sistemas jurídicos nacionales.

Este tipo de iniciativas plurilaterales “por fuera” de los organismos como la OMPI o la OMC, permiten alcanzar acuerdos entre países *like-minded*, con ideas afines, con la intención de elevar los estándares internacionales y, eventualmente, impulsar su adopción por una amplia gama de países. De esta forma se sortea su discusión en ámbitos multilaterales donde pueden encontrar mayor resistencia. Durante la discusión del TPP la Secretaria de Estado estadounidense también explicaba que este acuerdo plurilateral haría

¹⁴ Australia, Brunéi, Canadá, Chile, Perú, Estados Unidos, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Singapur y Vietnam.

las veces de “estándar de oro” (*gold standard*) en materia de acuerdos de comercios, para un comercio internacional “abierto, libre, transparente y justo” (Clinton, 2012).

Estos tratados internacionales, se ha advertido, son “concebidos esencialmente para favorecer los derechos de los titulares de derechos de propiedad intelectual, con poco interés en el funcionamiento del sistema de propiedad intelectual en su conjunto” (Seuba, 2017:120-122).

En particular respecto del ACTA, Michael (2010) ha señalado que el apoyo de los Estados Unidos, sostenido por gobiernos demócratas y republicanos, no puede explicarse simplemente como el resultado de la agregación de intereses económicos internos, ni como consecuencia de una formulación racional de políticas públicas. Es que, por un lado, durante la negociación importantes actores nacionales expresaron posturas contrapuestas respecto del ACTA y, por otro, las argumentaciones teóricas y empíricas que justificaban la necesidad de fortalecer la observancia, eran y son bastante controvertidas.

Así, sugiere que en realidad la postura estadounidense en esta discusión, y en otros foros relacionados, se encuentra filtrada por un “irracional pero cautivador ‘paradigma de políticas’ (*policy paradigm*)”. Ante la complejidad de la teoría y la evidencia empírica respecto de la propiedad intelectual y sus efectos económicos y sociales “los formuladores de políticas, los burócratas y los administradores filtran la información a través de lo que se ha llamado ‘paradigmas de políticas’”. Estos marcos de ideas no solo trazan los objetivos de la política y los instrumentos que se deben utilizar para alcanzarlos, sino también definen la naturaleza misma de los problemas a afrontar (Michael, 2010:9).

Michael apunta que los argumentos planteados en la discusión del ACTA sobre el combate contra la falsificación y la piratería “proporcionan una narrativa atractiva y una interpretación simple de los efectos económicos de la observancia de la propiedad intelectual”. De esta forma, señala, “el paradigma de políticas enmarca la evidencia, estructura el problema y ofrece una solución simple: más y mejor observancia. En contraste, la formulación de políticas racionales basadas en evidencia complica todo el asunto y no ofrece un camino claro hacia adelante” (Michael, 2010:11).

Tanto el ACTA como el TPP, aunque no hayan entrado en vigencia y se hayan entrampado en los procesos de ratificación nacional, se han convertido en las bases para

las futuras negociaciones internacionales, siendo el nuevo punto de referencia para las negociaciones de propiedad intelectual. El trinquete se ajusta.

Las “mejores prácticas” de la industria

Por su parte, en 2015 la iniciativa BASCAP de la Cámara de Comercio Internacional advertía que “la escala y la gravedad de la falsificación y la piratería socavan el bienestar económico y social en todo el mundo y merecen la atención de los responsables políticos en los niveles más altos del gobierno”. Es por esto que desde la representación industrial se hizo un “llamamiento a los líderes gubernamentales para fortalecer las obligaciones de proteger los derechos de propiedad intelectual y robustecer los compromisos para hacer cumplir las leyes contra la falsificación y la piratería”. Para aportar en el abordaje de este fenómeno, BASCAP presentó una recopilación de lo que considera las “mejores prácticas” para la observancia de los derechos de propiedad intelectual. Desde su perspectiva, “un marco legal sólido que establezca reglas robustas de cumplimiento civil, aduanero, penal y de Internet es cada vez más crítico ante el aumento del robo de propiedad intelectual a través de la falsificación y la piratería” (BASCAP, 2015b:1).

Entre las “mejores prácticas” identificadas por BASCAP, se incluye que las autoridades aduaneras tengan poder para controlar la observancia de los derechos de propiedad intelectual sobre todos los bienes, sea que se estén exportando, importando o en tránsito. Además, estas autoridades deberían tener facultades para suspender la liberación de productos al mercado, de oficio o a simple pedido de un titular de derechos (BASCAP, 2015b:1).

Asimismo, recomiendan la ampliación de las facultades de los tribunales civiles para establecer medidas provisionales y que la autoridad judicial pueda ordenar la destrucción de los bienes a pedido del demandante, sin compensación para el supuesto infractor (BASCAP, 2015b:2).

Respecto de la piratería online, BASCAP señala la necesidad de que los Estados dispongan la obligación de establecer filtros de carga automatizados que detecten autónomamente y den de baja el material infractor y que se implementen sistemas de *notice and take down*, sin intervención judicial, entre otros (BASCAP, 2015b:3).

En materia penal, expresan que es necesario aumentar el monto de las penas por la comisión de alguna infracción de las normas de propiedad intelectual, de forma que

“refleje la magnitud del crimen”. La sanción por el robo del conocimiento debe, al menos, igualar al robo de mercancías físicas y ser aplicables también a las infracciones online. Además, señalan que las autoridades deben tener la autoridad para confiscar tanto los productos infractores, así como todos los elementos utilizados para su producción y los bienes que se hubieran obtenido mediante la actividad infractora. Enfatiza además la necesidad de que las infracciones de propiedad intelectual constituyan delitos de acción pública, de forma que las autoridades puedan impulsar las investigaciones y acciones penales sin necesidad de una denuncia (BASCAP, 2015b:2-3).

Incluso, BASCAP apunta que los Estados deben asegurar que en los procesos penales se establezca un régimen de confiscación que no esté sujeto a la condena del infractor, que se prevea la inversión de la carga de la prueba (esto es, que el supuesto infractor deba demostrar su inocencia) y que los poderes de confiscación se extiendan a terceros (que las propias industrias puedan confiscar bienes) (BASCAP, 2015b:3).

Socialización de costos y securitización en la agenda de observancia

En el marco de la agenda de observancia es posible identificar procesos de securitización que construyen las infracciones de derechos de propiedad intelectual como cuestiones de seguridad internacional y que han ayudado al involucramiento activo de los Estados y agencias internacionales, así como a la movilización masiva de recursos en la persecución y sanción de las infracciones de normas de propiedad intelectual.

Se ha advertido que la razón por la que los países desarrollados y sus agentes dedican tanto esfuerzo en presionar a los gobiernos de los países en desarrollo para que implementen medidas de observancia AADPIC-Plus y se hagan responsables de la aplicación de las normas de propiedad intelectual es, precisamente, porque la responsabilidad en su aplicación, las acciones para lograr su observancia, implican costos y con estas normas, dichos costos se trasladan desde el titular del derecho al Estado en el que se verifica la supuesta infracción. De esta forma, se sacrifica el bienestar de un Estado para garantizar una aplicación más sólida de los derechos de propiedad intelectual, lo que es particularmente costoso para la mayoría de los países en desarrollo, ya que los beneficios económicos de estas medidas se destinarán en gran medida a empresas extranjeras (Li, 2009a:28-9).

Aunque la agenda de la observancia se presenta formalmente como un simple medio para cumplir las normas vigentes, Seuba advierte que, lo cierto es que “bajo la etiqueta de

observancia, nuevas disposiciones permiten a los titulares excluir a terceros de actos que no están excluidos por el tipo de propiedad intelectual que se trata”, de forma que “los derechos sustantivos otorgados a los titulares de títulos se extienden al expandir el poder para excluir, una expansión que no se logra mediante la modificación de la categoría de propiedad intelectual correspondiente sino mediante la modificación de las disposiciones específicas de observancia” (Seuba, 2017:24).

Asimismo, bajo la etiqueta de la observancia se pretende imponer obligaciones sobre terceras partes, como se da en el caso de los proveedores de internet. De esta forma “se confiere al titular del derecho un nuevo derecho legal: exigir que un tercero privado se haga cargo de la vigilancia del derecho del titular”, llegando al punto de la privatización de la observancia, quedando bajo el mando del titular de derechos interesado (Seuba, 2017:25).

En este punto, Seuba observa que la extensión de las responsabilidades de hacer cumplir, de asegurar la observancia mediante la acción de actores diversos, es reflejo de una tendencia más profunda que apunta a alterar las características propias del derecho de propiedad intelectual que, como sabemos, es un derecho privado en los términos del Preámbulo del AADPIC. Así, señala que aunque se trate generalmente de derechos privados y, “por lo tanto, los costos de su observancia deben ser asumidos por el titular del derecho, quien debe ‘actuar como su propio oficial de policía’, la realidad normativa refleja cada vez más una mayor participación del Estado -y, por tanto, de los contribuyentes” (Seuba, 2017:25), lo que, en definitiva, es la socialización de los costos de la protección y observancia de los derechos patrimoniales privados de un puñado de corporaciones.

La socialización de los costos necesarios para asegurar la observancia de los derechos de propiedad intelectual y así maximizar los retornos de la inversión, está en el centro de las iniciativas que se enmarcan en la ofensiva de la observancia a nivel internacional.

En este sentido se ha señalado que en la embestida de los “maximalistas de la propiedad intelectual”, el discurso para presionar por mayores estándares de protección y cumplimiento recupera el argumento de los años ochenta centrado en la competitividad, pero le agrega una nueva narrativa de “seguridad”. La introducción de un marco de seguridad para la propiedad intelectual ha permitido enlistar a nuevos actores, en particular las agencias de cumplimiento de la ley, a la causa por mayores estándares de

protección de la propiedad intelectual. A su vez, estos nuevos actores, encargados fundamentales del cumplimiento de la ley, se convirtieron en entusiastas reclutas de la agenda maximalista de la propiedad intelectual (Sell, 2010).

Constituyendo cuestiones de seguridad internacional que requieren de la atención prioritaria de los Estados, la seguridad entra a jugar un papel de legitimación y las responsabilidades de protección y de prioridades de políticas públicas se trastocan. Cuando se trata de asuntos de seguridad resulta más fácil entender que ya no son los propietarios de derechos de propiedad intelectual los que deben tomar medidas para proteger sus derechos patrimoniales, sino que es el Estado el que debe adoptar acciones efectivas de política pública para defender sus derechos privados e imponer sanciones. (Osei-Tutu,2013:796).

Enmarcar la agenda de cumplimiento en términos de seguridad le permite reclutar nuevos adeptos a las posturas maximalistas de la propiedad intelectual, justificar la incursión sobre determinadas libertades civiles y, al mismo tiempo, ayuda a la estigmatización de sus críticos (Rens, 2011: 787).

Las infracciones a las normas de propiedad intelectual se han erigido en los últimos años como asuntos de gran importancia a nivel internacional, excediendo el margen de las cuestiones económicas o de comercio entre los Estados. Las infracciones a las normas de propiedad intelectual constituyen, en la actualidad, cuestiones de seguridad internacional que exigen que los Estados y las organizaciones internacionales destinen importantes esfuerzos para su combate. El “crimen de propiedad intelectual”, más que una simple infracción económica que afecta derechos privados -como aclarara el preámbulo del AADPIC- se transformó en una cuestión de suma gravedad que exige una reforzada atención internacional.

CAPÍTULO 3: La securitización de las infracciones de propiedad intelectual

En lo que sigue veremos hasta qué punto el abordaje teórico de la securitización nos puede ayudar a entender los procesos que se dan en la agenda de observancia de la propiedad intelectual.

La teoría de la securitización nació en lo que en los Estudios Internacionales de Seguridad se conoce como Escuela de Copenhague que, a trazo grueso, afirma que las amenazas son socialmente construidas en un proceso intersubjetivo que tiene como resultado la identificación de un asunto como una amenaza con una prominencia suficiente para tener efectos políticos y movilizar recursos para la protección de aquello que está amenazado.

La securitización como abordaje teórico.

Como una lectura alternativa a los estudios sobre seguridad internacional tradicionales -realistas y neorrealistas- en la década de los noventa surgió lo que se conocería como la teoría de la securitización de la “Escuela de Copenhague”, que amplió los márgenes de lo que se entendía como asuntos de seguridad (Wæver, 1989 y 1995 y Buzan, Waever y Wilde, 1998).

Durante los primeros años de la Guerra Fría el campo de los estudios de seguridad internacional se había estrechado especialmente, centrándose en las relaciones de poder entre las dos superpotencias y las posibilidades de un enfrentamiento militar y un holocausto nuclear. Durante la década de los setenta y ochenta la agenda económica y medioambiental surgieron como asuntos de relevancia internacional, como nuevas cuestiones de seguridad internacional y lo propio sucedió respecto de las conflictividades relacionadas con la identidad de los pueblos y el crimen transnacional durante la década de los noventa (Buzan, Waever, Wilde, 1998:2).

Con la desaparición de la Guerra Fría como el meta-evento que articulaba los estudios sobre seguridad internacional desde hace décadas, una ventana de oportunidad analítica y política se abrió para debatir la propia noción de seguridad. Hasta entonces la discusión conceptual había quedado eclipsada por la lógica bipolar y era entendida estrechamente de manera estatocéntrica y militar (Verdes-Montenegro, 2015).

Mientras tanto, en 1994 el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) publicó su Informe de Desarrollo Humano en el que desarrolló el concepto de “seguridad

humana”, explicando que ya “durante un tiempo demasiado largo, la seguridad se ha equiparado a la protección frente a las amenazas a las fronteras de un país”. Así, el PNUD exigía la “profundización” del concepto de seguridad para pasar a considerar al individuo como objeto de referencia de la seguridad, en contraposición a las visiones centradas en el Estado nación (PNUD, 1994:3)

De esta forma, el concepto de seguridad no solo se fue “ampliando” (para incluir amenazas no militares), sino también “profundizando” (para incluir la seguridad de individuos y grupos) (Ramcharan, 2013:36).

Aunque Ole Wæver ya había enunciado los principales lineamientos de la teoría de la securitización a fines de los ochenta y mitad de los noventa (Wæver, 1989, Wæver, 1995), fue con la publicación del libro *Security: a new framework of analysis* (Buzan, Wæver y Wilde, 1998) que se sentaron sus bases y fue mayormente difundida.

La pregunta central gravitaba en torno a qué, en realidad, hace que algo sea un problema de seguridad (Wæver, 1995:54). Desde el punto de vista de la teoría de la securitización, no basta con analizar y entender las “amenazas” como fenómenos objetivos y dados de antemano, sino que se debe atender especialmente a su naturaleza socialmente construida.

Lo que importa es explorar la lógica de la seguridad en sí misma y describir cuáles son las características diferenciales que determinan que un asunto específico sea entendido como un asunto de seguridad internacional. No se puede, así, confinar el estudio de la seguridad internacional exclusivamente al sector militar o a la eventual relación o enfrentamiento de los Estados. Por el contrario, las amenazas y vulnerabilidades pueden aparecer en muy diversas áreas, militares y no militares. Pero para contar como asuntos de seguridad es necesario que cumplan con determinados criterios que lo distingan de un asunto de política ordinaria (Buzan, Wæver, Wilde, 1998).

Así, señalan, para ser considerados como asuntos de seguridad internacional las amenazas deben ser presentadas como “amenazas existenciales” para un “objeto referente”, impulsado por un “actor securitizador” que genera respaldo para la adopción de medidas de emergencia o especiales que van más allá de las reglas que de otro modo se debieran seguir en materia de política internacional (Buzan, Wæver, Wilde, 1998:5).

Adoptando un concepto amplio de seguridad, entonces, el objeto referente, aquello que necesita ser asegurado, deja de estar centrado exclusivamente en el “Estado” o la

seguridad nacional, para atender a otro tipo de preocupaciones, centradas en la seguridad humana o individual y en los desafíos de seguridad globales (Ramcharan, 2013:30).

Pues bien, el punto central del enfoque de la securitización es que asume que las amenazas no son objetivas, sino que, por el contrario, se trata de “construcciones intersubjetivas” que se producen en la práctica y mediante el discurso. La seguridad, así es real sólo en el grado en que lo son las amenazas percibidas (Ramcharan, 2013:42).

Para la Escuela de Copenhague, la seguridad es una práctica autoreferencial. Es por medio de la práctica que un asunto se transforma en un asunto de seguridad, no porque exista necesariamente una amenaza real, sino porque el asunto es entendido como tal. Para los autores la “seguridad” se caracteriza por el movimiento de un asunto determinado, que es llevado más allá de las reglas comunes del juego, encuadrándolo como una variedad especial de política o por encima de la política tradicional (Buzan, Waever, Wilde, 1998:23-4).

Así, Waever (1989) explicaba que el proceso de securitización es una especie de lo que se conoce como *speech act*, en el que, diciendo las palabras, diciendo algo, algo es hecho. Por medio del discurso que presenta un asunto como amenaza, esa amenaza es construida. De todas formas, el *speech act* de la seguridad no requiere necesariamente la utilización de la palabra “seguridad” en sí misma. Lo fundamental es la designación de un asunto como amenaza existencial -que pone en peligro la existencia de un objeto referente en particular- respecto de la cual se deben tomar medidas especiales, y la posterior aceptación de esta situación por parte de la audiencia (Buzan, Waever, Wilde, 1998:27).

Buzan, Waever y Wilde explican que la definición y criterio de la securitización se constituye por “el establecimiento intersubjetivo de una amenaza existencial con la prominencia suficiente para tener efectos políticos sustanciales” (Buzan, Waever y Wilde, 1998:25). Por medio de argumentos referidos a la prioridad y urgencia de un asunto determinado se consigue la movilización de las capacidades estatales para el manejo de la amenaza construida como “existencial”. Es precisamente la especial naturaleza de la amenaza, su cualidad de amenaza existencial, la que justifica el uso de medidas extraordinarias para lidiar con ella. La invocación de la seguridad ha sido así la clave para legitimar el uso de la fuerza y, en general, la movilización del Estado para manejar esa amenaza existencial (Buzan, Waever, Wilde, 1998:21).

En el discurso de la seguridad, un asunto es dramatizado y presentado como un asunto de suma prioridad. Al etiquetarlo como un “asunto de seguridad”, el agente securitizador reclama la necesidad de y el derecho a tratarlo con medidas extraordinarias, que de otra forma serían difíciles de justificar (Buzan, Waever, Wilde, 1998:26).

De todas formas, el discurso por medio del cual se presenta un asunto como una amenaza existencial para un objeto referente determinado, no es por sí mismo suficiente para que se produzca el proceso de securitización. Para que el asunto en cuestión sea efectivamente securitizado, este discurso securitizador (*securitizing move*) debe tener por efecto que la audiencia a quien está dirigido lo acepte y asuma la amenaza como tal (Buzan, Waever, Wilde, 1998:25).

Con el proceso de securitización se construye intersubjetivamente un entendimiento conjunto, un sentido común, respecto de qué debe ser considerado y tratado colectivamente como una amenaza (Buzan, Waever, Wilde, 1998:26). Este sentido común de la seguridad, de qué es lo que merece ser protegido (cuál es el objeto referente) y frente a qué debe protegerse (la amenaza existencial) es el producto final de un proceso de securitización exitoso (cuando la audiencia lo asume como tal).

En este respecto, los autores destacan que existen ciertas condiciones facilitadoras que hacen al éxito del movimiento securitizador. Un elemento interno, referido al discurso securitizador en sí, es la utilización de la “gramática de la seguridad”: la construcción de una trama en la que se incluye una amenaza existencial, un punto de no retorno y una posible salida (las medidas especiales que se deben adoptar frente a la amenaza). A su vez, subrayan como elementos externos el capital social del “agente securitizador”, es mejor si goza de una posición de autoridad, y las características propias de lo que se presenta como amenaza. Es más posible tener éxito en el proceso de securitización si se trata de asuntos que por lo general son comúnmente entendidos como asuntos “amenazantes”, que si se trata de cuestiones que comúnmente no son relacionadas con asuntos de seguridad (Buzan, Waever, Wilde, 1998:33).

Es de destacar que los autores previenen que la securitización de un asunto no siempre pasa por la acción del Estado, sino que puede ser también por otro “foro”. Es posible que otras entidades sociales eleven un asunto a un nivel de consideración pública (Buzan, Waever, Wilde, 1998:24). Este punto es de especial relevancia en lo que nos interesa, atendiendo a que, como vimos, los actores privados han desempeñado un papel central en

el desarrollo del derecho internacional de protección de la propiedad intelectual (Sell, 1999).

En este respecto, por ejemplo, el enfoque de la securitización se ha utilizado en más de una ocasión para analizar los movimientos y cambios de políticas en diversos asuntos, como la migración internacional (Bigo, 2006, Bourbeau, 2011) y la “guerra global contra el terrorismo” (Buzan y Waever, 2009). El enfoque de la securitización también ha sido utilizado, con diversas críticas, para abordar problemas transfronterizos de salud y crisis sanitarias (PHM, 2017:327).

Vale advertir que a lo largo de los años este enfoque ha ido evolucionando y ha sido sometido a distintas críticas. En particular desde Francia se han hecho diversas observaciones que aportan a mejor entender el fenómeno de la seguridad, sin quitar importancia a los elementos discursivos.

Así, por ejemplo, Thierry Balzacq advierte que los postulados de la Escuela de Copenhague prestan poca atención a elementos externos al discurso en sí, como el contexto, el tipo de audiencia y las relaciones desiguales de poder que se dan en el proceso de securitización y que, en realidad, es una contradicción que un *speech act* sea al mismo tiempo autoreferencial (que se baste por sí mismo) y que sea también intersubjetivo (que dependa de la aceptación del otro) (Balzacq, 2005:175). Además, advierte que “la acción discursiva de la seguridad” propuesta por la Escuela de Copenhague guarda altos grados de formalidad, de forma que pareciera que si se cumplen algunos requisitos formales está asegurado el éxito del proceso de securitización.

En *Security: a new framework of analysis*” los autores señalaban que la securitización es un tipo de *speech act*, “es el enunciado en sí mismo el acto. Al decir las palabras, se hace algo (como apostar, hacer una promesa, nombrar un barco)” (Buzan, Waever y Wilde, 1998:26). Frente a esto, Balzacq explica que el *speech act* busca “establecer principios universales de comunicación, cuyo valor es ser funcional sea cual sea el contexto, la cultura y el poder relativo de los actores”, cuestión que no es así en los procesos de securitización. Por esto, propone en cambio que “la securitización se entiende mejor como una práctica estratégica (pragmática) que ocurre dentro y como parte de una configuración de circunstancias, incluyendo el contexto, la disposición psico cultural de la audiencia y el poder que los oradores y oyentes traen a la interacción ... la acción estratégica del discurso opera al nivel de la persuasión y utiliza diversos artefactos

(metáforas, emociones, estereotipos, gestos, silencios e incluso mentiras)". El propósito de Balzacq es remover el encuadre normativo del abordaje de la Escuela de Copenhague "para instalarlo en el contexto social, en un campo de luchas en el que los actores securitizadores se alinean tras un asunto de seguridad para conseguir el apoyo de la audiencia hacia una política de curso de acción" (Balzacq, 2005:173). De esta forma, afirma que un proceso de securitización exitoso depende altamente del contexto, debe estar centrado en la audiencia y sus dinámicas están regidas por las relaciones de poder entre los actores (Balzacq, 2005:179).

Mientras, Didier Bigo, otro de los autores franceses que han analizado el abordaje de la securitización destaca las "prácticas de seguridad" y su importancia crucial en un campo de seguridad en que se desdibuja la diferenciación entre seguridad interna y externa, como es la migración en la Unión Europea. Bigo pone el énfasis no solo en los agentes securitizadores, sino también en los "profesionales de la seguridad", aquellos que realizan la práctica la securitización, en el territorio. En el proceso de definir una amenaza, estos profesionales de la seguridad operan de forma semiautónoma. Es el propio campo de la seguridad el que también va definiendo las amenazas a que responde (Bigo, 2006).

Así, Bigo extiende la securitización más allá del *speech act* de la Escuela de Copenhague y del "acto pragmático" de Balzacq, para llevarla a las prácticas de campo de los agentes de la seguridad y la forma en que la securitización se aplica en el mundo material.

Pues bien, más allá de estas precisiones, lo que interesa para los efectos de este trabajo es entender que aquello que constituye un asunto de seguridad, aquello que es una amenaza, no es algo objetivo dado de antemano y ligado necesariamente a cuestiones militares o de soberanía estatal. Por el contrario, las amenazas pueden venir de muy distintos ámbitos y son construidas socialmente. En esta construcción, el discurso juega un papel central, pero siempre atado al contexto en el que se desenvuelve, las características de la audiencia, las relaciones de poder entre los actores interesados y en el que los profesionales de la seguridad tienen un papel central.

Aproximaciones a la relación entre securitización y propiedad intelectual

La vinculación entre las normas de propiedad intelectual y la teoría de la securitización no es una cuestión completamente nueva. Antes algunos abordaron la relación entre el sistema de protección de propiedad intelectual y los estudios de seguridad internacional, apuntando, por un lado, a cómo la propiedad intelectual constituye un activo geopolítico

para el bienestar de las naciones y sus relaciones competitivas, y, por otro, a los desafíos que el actual régimen de derechos de propiedad intelectual plantea para la seguridad humana, en particular, a la seguridad en materia de salud.

Así, se ha señalado que la competencia geoeconómica entre los Estados-nación se ha vuelto cada vez más importante a medida que se profundizan las relaciones comerciales entre las naciones y que en este proceso de competencia cada quien busca preservar su ventaja competitiva o proteger industrias particulares. De esta forma, en la llamada economía del conocimiento, las naciones perciben cada vez más a la propiedad intelectual no solo como un derecho privado, sino como un asunto vital para su bienestar económico. La protección de la propiedad intelectual adquiere así una dimensión diferente en términos geopolíticos, en tanto proporciona ventajas competitivas significativas a las naciones (Ramcharan, 2013:35).

En este punto no se puede obviar que la disputa comercial entre China y los Estados Unidos, impulsada por el presidente Trump, tiene en el centro el “robo de propiedad intelectual” de las empresas chinas. Es por esto que en 2018 Trump impuso un arancel del 25% sobre bienes que alcanzan los 50 mil millones de dólares, incluidos los “productos relacionados con el plan estratégico *Made in China 2025* dirigido a dominar las industrias emergentes de alta tecnología, que impulsarán el crecimiento económico futuro de China, pero perjudicarán el crecimiento económico de los Estados Unidos y muchos otros países”. Explicaba Trump que “Estados Unidos ya no puede tolerar perder nuestra tecnología y propiedad intelectual a través de prácticas económicas desleales” (Trump, 2018).

Adicionalmente, se ha advertido que el AADPIC ha reconocido la posibilidad de que los Estados establezcan excepciones cuando estén en juego sus intereses vitales en su artículo 73 titulado “excepciones de seguridad”, del mismo modo que lo prevé el artículo 4 del Tratado sobre el Derecho de Patentes (PLT). Además, el artículo 8 del AADPIC anota a las preocupaciones de salud pública como un elemento a considerar a la hora de evaluar las obligaciones internacionales en materia de propiedad intelectual.

En este respecto, por ejemplo, la amenaza de la pandemia mundial del VIH/SIDA se ha instalado como una preocupación de seguridad internacional y la OMC se ha hecho eco de este problema y su relación con la protección de los derechos de propiedad intelectual, reconociendo que las emergencias de salud pública requieren disposiciones especiales.

Fue así como en 2001 la Declaración de Doha reafirmó los derechos de los gobiernos para hacer un uso pleno de las flexibilidades del AADPIC, otorgar licencias obligatorias y compras mediante mecanismos de importación paralela. Al respecto se ha señalado la necesidad de alcanzar un equilibrio y buscar acuerdos institucionales para poner a disposición de los países en desarrollo medicamentos genéricos económicos y asequibles, con un sistema eficiente y equitativo para los derechos de patente (Ramcharan, 2013:39).

En este punto vale notar que en los meses previos a la Conferencia Ministerial en Doha la crisis por los ataques con ántrax en los Estados Unidos proveyó de mayor espacio de maniobra para que los Estados en desarrollo avanzaran en la negociación y se alcanzara un consenso respecto de la resolución sobre salud pública, sin una resistencia estadounidense tan férrea como se esperaba. Es que, ante la posibilidad de faltantes de ciprofloxacina, el antibiótico para el tratamiento frente a un envenenamiento con ántrax, en 2001 el secretario de Salud de los Estados Unidos amenazó con autorizar las importaciones de ciprofloxacina genérica, para tener reservas contra un posible ataque (Mullin, 2002 y Love, 2007). Incluso, en octubre de 2001 el gobierno canadiense anuló las patentes de Bayer y autorizó a un laboratorio nacional para la fabricación genérica de ciprofloxacina, explicando que “estos son tiempos extraordinarios e inusuales. Los canadienses esperan y exigen que su gobierno tome todas las medidas necesarias para proteger su salud y seguridad” (Love, 2007).

De esta forma se puede apreciar cómo el enfoque de la securitización ha sido utilizado, por un lado, para analizar el sistema de protección de propiedad intelectual como un activo geopolítico en las relaciones de competencia de los Estados y, por otro, para evaluar las amenazas que un sistema de protección de patentes farmacéuticas desequilibrado puede implicar para la salud y vida de las personas que se ven impedidas de acceder oportunamente a los medicamentos.

Pues bien, la propuesta de este trabajo es distinta. Lo que se propone indagar es si en el proceso de construcción de las infracciones a las normas de propiedad como asuntos de seguridad internacional se puede entender que han operado procesos de securitización en los términos delineados más arriba.

Para ello revisaremos brevemente lo que considero pueden ser entendidos como dos movimientos securitizadores (*securitizing move*) en el ámbito de la protección de la propiedad intelectual, como parte de las estrategias de la agenda de observancia de los

derechos de propiedad intelectual a nivel global, que apunta a una mayor efectividad y cumplimiento en los estándares sustantivos de propiedad intelectual.

Aunque se podría entender que en materia de propiedad intelectual existe un proceso de securitización generalizado y continuo en el que “la innovación”, “el comercio legítimo” y “la sostenibilidad de la economía mundial” se presentan como un objeto referente que exige protección frente a la vulneración de los derechos de propiedad intelectual, en lo que sigue nos centraremos en dos cuestiones particulares.

Por un lado, en la estrategia que ha puesto en el centro, como objeto referente, a la salud y seguridad de los consumidores que se ven amenazadas por el fenómeno de las medicinas falsificadas y, por otro, aquella que ha puesto el acento en la protección de la sociedad en general, al vincular la violación de la propiedad intelectual con el crimen organizado transnacional y el terrorismo.

Algunas prevenciones

No se trata aquí de presentar el concepto de la securitización como un concepto mágico destinado a explicar la estructura normativa actual de propiedad intelectual en su conjunto, ni develar supuestas relaciones causales que hacen al desarrollo de la agenda de observancia o, más ampliamente, el sistema internacional de propiedad intelectual.

Sí se afirma que en la agenda de *enforcement* se pueden identificar procesos de securitización de las infracciones de normas de propiedad intelectual, que justifican la adopción de nuevas y reforzadas medidas para asegurar su observancia, pero no se sostiene que necesariamente se trate de un proceso consciente, premeditado y causal.

Tampoco se afirma que los procesos de securitización sean puros u homogéneos, estables e inmutables, en tanto las estrategias y actores van variando y complejizándose. El enfoque de la securitización, por cierto, no es ajeno al contexto histórico y está determinado por los diversos contextos sociales, históricos, económicos y políticos. Tampoco se propone que los actores intervinientes -Estados, empresas y asociaciones de lobby empresario, organismos internacionales y sociedad civil- sean actores homogéneos que actúen de forma racional y coherente en base a supuestos intereses estáticos e identificables a priori.

Además, no se pretende aquí sostener que es sólo a partir de la firma del AADPIC que comenzaron a operar procesos que se pueden identificar como de “securitización” en las

discusiones sobre el alcance e intensidad de las normas de propiedad intelectual. El discurso sobre “piratas” y “forajidos” para exigir la criminalización de las infracciones del derecho de autor presente desde hace casi dos siglos (Alexander, 2007), podría también ser considerado una especie de proceso de securitización.

La securitización es un lente teórico que puede ayudar a desandar construcciones de sentidos sobre la realidad y las necesidades y prioridades en materia de política internacional y, en particular, aquellas referidas al cumplimiento de las normas de propiedad intelectual y su relación con otros bienes jurídicos en juego.

Lo que nos interesa pensar es cómo, en la estrategia reeducativa sobre la seriedad de las infracciones de propiedad intelectual, se justifica el involucramiento de más recursos públicos y actores internacionales mediante la retórica de la seguridad.

CAPÍTULO 4: Las medicinas falsas y una gran carpa de protección

La comercialización de medicinas falsas que contienen compuestos nocivos para la salud o que no contienen los ingredientes activos que dicen tener, supone una amenaza creíble y lo suficientemente seria como para justificar la movilización de recursos nacionales e internacionales dirigidos a la protección de la salud pública y el comercio legítimo de medicamentos, en manos de los grandes laboratorios.

Ante los riesgos sobre la salud y vida de los consumidores que implica la comercialización de medicinas de calidad subestándar, el acatamiento de las normas de propiedad intelectual, la estricta observancia de dichas normas, ha sido presentada como una herramienta en la lucha contra la comercialización de medicinas falsificadas y necesaria para la protección de la salud pública. Sin embargo, si se analiza con cuidado la relación entre el respeto de las normas de propiedad intelectual, el problema de las medicinas falsas y la salud pública, surgen interrogantes respecto del abordaje impulsado por los organismos internacionales.

A este respecto Correa (2009) advierte que la lucha contra las medicinas falsificadas y otros productos que pueden generar riesgos en la salud o el medio ambiente, ha constituido uno de los elementos centrales de la ofensiva de la observancia impulsada por los maximalistas de la propiedad intelectual. En este punto, señala, muy a menudo los argumentos y las propuestas confunden consideraciones de políticas públicas en materia de salud pública, con aquellas relacionadas con el cumplimiento de normas de propiedad intelectual, que hacen a una cuestión comercial. Un abordaje desde los derechos de propiedad intelectual a una cuestión esencialmente de salud pública puede llevar a la adopción de medidas inadecuadas, siendo que el diseño e implementación de regulaciones sanitarias efectivas parecería ser el elemento crucial en el combate de la falsificación de medicinas y los riesgos que genera (Correa, 2009a:29).

Asimismo, Sell (2010) ha señalado que los defensores de la agenda de observancia de la propiedad intelectual han llevado adelante una campaña pública dirigida a asustar a las personas para que acepten su agenda, siendo la amenaza de las medicinas falsificadas para la salud pública una de sus principales estrategias. El discurso del miedo respecto de la amenaza que representan las medicinas falsificadas para la salud y seguridad de la

población ha operado como catalizador de un proceso de fortalecimiento de las herramientas de observancia.

Mediante la narrativa de las medicinas falsificadas se le ha concedido a la protección de la industria privada una “racionalidad de interés público” que reemplaza su racionalidad orientada al lucro privado. Esto, a su vez, les habilita para demandar un rol más activo de los Estados para hacer efectivos sus derechos de propiedad intelectual de carácter patrimonial, que de otra forma no tendrían la relevancia pública que se les concede (Osei-Tutu, 2013:786).

Esta retórica que identifica la protección de la propiedad intelectual y la salud pública se encuentra deliberadamente dirigida a ganar apoyo político para la adopción de medidas más estrictas para la protección de la propiedad intelectual (Sell, 2010). Además, se ha alertado que una vez que el “caso” es exitoso para reforzar la observancia de la propiedad intelectual en base a la peligrosidad que representarían los medicamentos falsificados, el argumento es extendido de manera injustificada a la protección de la propiedad intelectual de toda una amplia clase de bienes que poco tienen que ver con la seguridad de los consumidores (Osei-Tutu, 2013:784).

Por medio de la infusión de temor, los defensores de esta agenda han construido una “gran carpa” dentro de la cual se incluye casi cualquier tipo de propiedad intelectual (Sell, 2010:16). Se trata de industrias o productos que muy improbablemente podrían alegar legítimamente una conexión entre la protección de sus derechos de propiedad intelectual y la salud o seguridad pública y difícilmente podrían justificar que los Estados en desarrollo destinen parte de sus limitados presupuestos públicos para asegurar los derechos de grandes empresas transnacionales (Osei-Tutu, 2013:785).

Además, bajo el amplio marco de “medicinas falsificadas” se reúnen una serie de situaciones muy distintas. En el esfuerzo por combatir la comercialización de medicinas falsas son alcanzados diversos productos farmacéuticos que vulneran de una u otra forma la regulación de la propiedad intelectual, aunque no se trate de medicinas falsas o tóxicas para la salud de la población (Sell, 2010:18). La utilización amplia y confusa del término “medicinas falsificadas” es un problema, toda vez que alcanza un amplio rango de productos de distintas características, desde aquellos que resultan en actos homicidas, hasta los que son simples placebos e incluso medicamentos seguros y efectivos que, por

ejemplo, se ingresan a los Estados Unidos desde Canadá, donde los pacientes los pueden comprar más barato (Outtersson y Smith, 2006:531).

Las disputas en la Organización Mundial de la Salud y la iniciativa IMPACT

Diversas agencias y organizaciones internacionales como la Interpol, la Organización Mundial de Aduanas (OMA) o la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) se han alistado para avanzar en la agenda de observancia de la propiedad intelectual. Y para dar legitimidad a esta agenda, las preocupaciones de salud pública por la proliferación de productos médicos peligrosos para la salud y seguridad de las personas se presentan como un medio para explotar la confusión sobre el uso del término "falsificación". Algunos alertaron, incluso, que parecería que la Organización Mundial de la Salud sería la siguiente organización internacional en alistarse en la agenda maximalista de la propiedad intelectual, con medidas de observancia TRIP-plus justificadas desde la perspectiva de la salud pública y en la genuina preocupación por las medicinas falsificadas (Shashikant y Gopakumar, 2010).

En 2003 el Instituto Internacional de Propiedad Intelectual (IIPI) –una organización no gubernamental financiada por la industria farmacéutica (Gopakumar y Shashikant, 2010)- publicó un estudio titulado "*Counterfeit goods and the public's health and safety*", realizado por Michelle Forzley, integrante del ITAC-15 (*Industry Trade Advisory Committee on Intellectual Property Rights* de la USTR), al que se hizo referencia más arriba. Este estudio fue encargado y financiado por la Oficina de Patentes de Estados Unidos (USPTO) para "llenar el vacío de conocimiento sobre los efectos de la falsificación en la salud pública y la seguridad e identificar medios para proteger tanto la salud pública como los derechos de propiedad intelectual" (Forzley, 2003:3).

Según explica su autora, el objetivo central del artículo es "comenzar el proceso de cambiar la perspectiva de la política en relación a los productos falsificados, a un entendimiento de que los productos falsificados no son solo un problema de propiedad intelectual, sino también un problema de salud pública muy real". Este reencuadre, añade, será fundamental en el éxito de cualquier estrategia en este respecto (Forzley, 2003:17).

Se apuntaba a prevenir a las autoridades respecto de la existencia de una amenaza real, grave y global a la salud pública y que no se trata sólo de un asunto de propiedad intelectual con consecuencias económicas. La lucha contra la falsificación, explica la autora, es un área en la que el comercio y la salud pública se encuentran, de forma que

los esfuerzos para proteger la salud pública “pueden complementar y aumentar las estrategias para proteger los derechos de propiedad intelectual” y “el hecho de que algunas intervenciones protejan los derechos de propiedad intelectual no niega su importancia para la protección de la salud y la seguridad públicas” (Forzley, 2003:26). En el artículo se alerta sobre los peligros de los productos falsificados, con especial énfasis en las medicinas, el alcohol y el tabaco, desarrollando información anecdótica sobre los impactos negativos en la vida y salud de las personas que los consumen.

Tres años después, la investigación de Forzley constituyó la base conceptual que la Organización Mundial de la Salud presentó en la Conferencia "Combatir las drogas falsificadas: construir una colaboración internacional eficaz", en febrero de 2006 en Roma. Allí participaron como oradores representantes y funcionarios de la OMS, pero también de la OMC, la OMA, la Interpol, la OMPI, la Federación Internacional de Fabricantes y Asociaciones Farmacéuticas (IFPMA por su nombre en inglés) y otras organizaciones empresarias.

El estudio “*Combating Counterfeit Drugs: A Concept Paper for Effective International Cooperation*” (Forzley, 2006) ofició de base para la discusión en dicha conferencia internacional y adelantó los elementos esenciales de la iniciativa de colaboración público-privada patrocinada por la Organización Mundial de la Salud, destinada a combatir la falsificación en el ámbito de los medicamentos.

Como resultado de la Conferencia en Roma se lanzó oficialmente la *International Medical Products Anti-Counterfeiting Taskforce* (IMPACT), compuesta por representantes de la OMS, OMC, OMA, OMPI, la OCDE, el Banco Mundial, Interpol y federaciones farmacéuticas como la IFPMA y la IGPA. Esta iniciativa fue definida como una coalición voluntaria de partes interesadas que coordina las actividades internacionales destinadas a combatir los productos médicos falsificados con el fin de proteger la salud pública (IMPACT, 2010).

Al año siguiente, la cumbre del G8, un foro donde la protección de los derechos de propiedad intelectual ha sido una preocupación constante, “acogió con beneplácito” la conformación de este Grupo de Tareas, explicando que “la protección de la propiedad intelectual es la columna vertebral de la innovación”. Además, enfatizaron la “importancia de coordinar y armonizar el sistema internacional de patentes para mejorar la adquisición y protección de los derechos de patente en todo el mundo” y advirtieron

que “los beneficios de la innovación para el crecimiento económico y el desarrollo se ven cada vez más amenazados por las infracciones de los derechos de propiedad intelectual en todo el mundo” (G8, 2007:10). Estas declaraciones coincidieron también con el anuncio de la Representante de Comercio de los Estados Unidos (USTR) respecto de que su país tenía la intención de negociar un tratado internacional específico para combatir la falsificación, el *Anti-Counterfeiting Trade Agreement* (ACTA). Desde la Oficina del USTR explicaron que “existe una amenaza clara para la salud y la seguridad de una variedad de productos falsificados” y que el ACTA proveería “un marco para los países comprometidos con una fuerte protección de los derechos de propiedad intelectual”, que estaría destinado a “fortalecer la lucha internacional contra piratas y falsificadores que roban a empresas y trabajadores, desalientan la innovación y la creatividad, amenazan la salud y la seguridad, proporcionan una fuente fácil de ingresos para el crimen organizado y causan la pérdida de ingresos fiscales” (USTR, 2008). En la cumbre del G8 de 2008, los Estados celebraron los avances en la negociación del ACTA y la declaración principal de los representantes alentó a “la aceleración de las negociaciones” de forma de completar la negociación ese mismo año (G8, 2008).

Ahora bien, aunque formalmente la iniciativa liderada por la OMS se presentaba como dirigida exclusivamente a abordar asuntos de salud pública, sin vínculos con la protección de los derechos propiedad intelectual, las recomendaciones que de ésta apuntaban mayormente a fortalecer la observancia de estas normas, desdibujando el mandato de la OMS.

En 2007, la reunión general del grupo IMPACT aprobó los “Principios y elementos para la legislación nacional contra los productos médicos falsificados”, con una serie de medidas recomendadas para los Estados que, en la práctica, apuntaban a fortalecer el cumplimiento de las normas de propiedad intelectual. En los principios se aclaró que “los productos médicos falsificados deben abordarse a través de diferentes cuerpos de legislación: en materia de protección y observancia de la propiedad intelectual, en la regulación y control de dispositivos farmacéuticos y médicos; y en el derecho penal” y que para esto es posible que sea necesario “establecer o mejorar los organismos nacionales y/o regionales específicos de legislación penal, farmacéutica, administrativa, de propiedad intelectual y civil” (IMPACT, 2007).

Aunque la dirección de IMPACT estaba bajo la órbita de la secretaria de la OMS, esta iniciativa nunca fue aprobada por la Asamblea General de la organización, que es la que reúne a los representantes de los Estados Miembros y es, en definitiva, el órgano político rector. Muchos países y organizaciones de la sociedad civil pusieron en cuestión la legitimidad de esta iniciativa, la falta de transparencia, los conflictos de interés de los actores involucrados y la inclinación a la protección de la propiedad intelectual, antes que a la salud pública. Al respecto, se advirtió que la OMS y las cuestiones de salud pública estaban siendo utilizadas como una fachada por gobiernos y empresas de países de la OCDE para fortalecer la agenda de observancia de la propiedad intelectual. Alegaban que, con la justificación de proteger la salud pública, la proliferación de iniciativas contra la falsificación como IMPACT se centran principalmente en impulsar la adopción de los estándares TRIPS-plus, especialmente en los países en desarrollo (Shashikant y Gopakumar, 2010).

En particular, se señaló que la iniciativa de IMPACT ha contribuido a la confusión en torno a la definición de “medicamentos falsificados” y lo que se debe hacer al respecto, proponiendo una definición expansiva que confunde falsificaciones y medicamentos genéricos y que enfatiza demasiado la acción policial para garantizar la seguridad y eficacia de los medicamentos (Brant y Malpani, 2011:3).

Luego de la Asamblea General de la OMS en 2010, en que muchos países en desarrollo expresaron su preocupación por las actividades y recomendaciones de IMPACT, la iniciativa dejó de ocupar el lugar que tenía. Mediante la decisión WHA63(10), la Asamblea General ordenó la conformación de un grupo de trabajo para evaluar la relación entre IMPACT y la OMS, incluido si esta asociación debe continuar y definir el papel de la OMS en la promoción del acceso a los medicamentos y en la promoción de la calidad, seguridad y eficacia de los medicamentos (OMS, 2010).

El trabajo y recomendaciones de este grupo de trabajo intergubernamental llevó a que en 2012 la Asamblea General dispusiera, mediante la resolución WHA65/29, la creación de “un nuevo mecanismo de Estados Miembros para la colaboración internacional entre estos, desde la perspectiva de la salud pública y con exclusión de consideraciones relacionadas con el comercio y la propiedad intelectual”, llamado “Mecanismo de Estados Miembros sobre productos médicos de calidad subestándar, espurios, de etiquetado

engañoso, falsificados o de imitación” (Mecanismo SSFFC por su nombre en inglés¹⁵) (OMS, 2012).

A su vez, en la reunión de 2015 del Mecanismo se decidió constituir un grupo de trabajo especial para perfilar las definiciones funcionales en este respecto, para aclarar a qué tipo de productos médicos es los que se aboca en su trabajo, lo que se expresó en el documento A70/23 adoptado mediante la resolución WHA70/21 por la Asamblea General de la OMS en mayo de 2017. También se decidió que el Mecanismo SSFFC se pase a llamar “Sistema de vigilancia y monitoreo mundial de la OMS para los productos médicos de calidad subestándar y falsificados” (GSMS por su nombre en inglés)¹⁶ (OMS, 2017).

Las definiciones de la OMS aclararon, entonces, que su mandato se refería a tres tipos de productos médicos específicos: de calidad subestándar, los no registrados y los productos falsificados. De acuerdo con las definiciones oficiales los “productos médicos subestándar” son aquellos “productos médicos autorizados que no cumplen ya sea las normas de calidad o sus especificaciones, o ambas.” Por su parte, los “productos médicos no registrados o sin licencia” son aquellos que “no se han sometido a la evaluación y/o aprobación por los ORNR¹⁷ para el mercado en el que se comercializan/distribuyen o usan”.

A su turno, la OMS definió que los “productos médicos falsificados” (*falsified medical products*) son sólo aquellos que “tergiversan deliberada/fraudulentamente su identidad, composición u origen”¹⁸, aclarando que “las consideraciones relativas a los derechos de propiedad intelectual no se enmarcan en esta definición” y que “los productos médicos no deberán considerarse falsificados por el mero hecho de no estar autorizados para su comercialización en un país determinado”¹⁹ (OMS, 2017:36-7).

¹⁵ substandard/spurious/falsely-labelled/falsified/counterfeit medical products”

¹⁶ *Global Surveillance and Monitoring System for substandard and falsified medical products*

¹⁷ Organismos de reglamentación nacionales y/o regionales

¹⁸ “El término «identidad» hará referencia al nombre, etiquetado o empaquetado o a los documentos que respaldan la autenticidad de un producto médico autorizado. El término «composición» hará referencia a todo ingrediente o componente del producto médico con arreglo a las especificaciones aplicables autorizadas/reconocidas por el ORNR. El término «origen» hará referencia a la identificación, incluidos el nombre y el domicilio, del titular de autorización de comercialización, el fabricante, importador, exportador, distribuidor o minorista, según sea aplicable” (OMS, 2017:37)

¹⁹ En castellano resulta algo difícil la separación de conceptos.

La OMS explicó en 2017 que “en el contexto de los productos médicos, el término «falsificado» parece incluir adecuadamente todos los diferentes tipos de tergiversación deliberada de un producto médico de tal modo que permita la exclusión específica de los derechos de propiedad intelectual” (OMS, 2017:38). Lo

Abordajes críticos de las iniciativas anti falsificación basadas en los peligros a la salud pública

Respecto de la relación entre el respeto de las normas de propiedad intelectual y la protección de la salud pública, se ha advertido que en muchas ocasiones la discusión parte de una serie de malos entendidos que nublan qué es lo que se está discutiendo y cuáles son las vías de acción apropiadas.

Los países desarrollados y la industria a menudo simplifican en exceso los problemas relacionados con la falsificación y la piratería. Y dicha simplificación no es inocua ni inocente, sino que “es peligrosa en tanto crea conceptos erróneos que confunden al público no solo con respecto a las definiciones, la causa y la magnitud del problema, sino también respecto las obligaciones de observancia de los derechos de propiedad intelectual que tienen los gobiernos y despista a los responsables políticos para que encuentren soluciones que no abordan el *quid* del problema” (Li, 2009a). Tal es así que Correa (2012), ha calificado las iniciativas anti falsificación como un “Caballo de Troya” que apunta a la expansión de la protección de los derechos de propiedad intelectual en los países en desarrollo y más allá de sus obligaciones internacionales.

En este sentido, Li (2009a) identifica 10 conceptos erróneos respecto de la observancia de los derechos de propiedad intelectual que ayudan a apreciar cómo el discurso de las medicinas falsificadas y su muy creíble amenaza para la salud y vida de las personas, puede operar también para confundir y avanzar una agenda que apunta a asegurar mejor derechos patrimoniales privados, como la propiedad intelectual.

Los malos entendidos o conceptos erróneos delineados por Li en este ámbito son que 1) la falsificación y la piratería incluyen la infracción de patentes, 2) que “medicinas falsificadas” equivale a “medicinas que infringen derechos de propiedad intelectual”, 3) que las infracciones a la propiedad intelectual representan una amenaza para la salud, 4) que la magnitud de las infracciones de propiedad intelectual es enorme, 5) que los

cierto es que el término “falsificado” es bastante similar en su significancia social al de “falsificación” (que es lo regulado por el AADPIC).

Sin perjuicio de esto, en inglés la divisoria pareciera más clara. En la versión en inglés del mismo documento la OMS señala que “*in the context of medical products, the term “falsified” appears to adequately include all the various types of deliberate misrepresentation of a medical product in such a way which enables the specific exclusion of intellectual property rights*”. La distinción entre “*counterfeit*” y “*falsified*” parece quedar más clara.

Vale señalar que cuando en 2012 se estableció el Mecanismo de Estados Miembros sobre SSFFC (*substandard/spurious/falsey-labelled/falsified/counterfeit medical products*), en su traducción al castellano, el “*falsified*” se tradujo como “falsificado” y el “*counterfeit*” como “de imitación” (OMS, 2012).

gobiernos deben asumir la responsabilidad principal en la observancia, 6) que los gobiernos deben asumir el costo de la observancia, 7) que los miembros de la OMC están obligados a proporcionar medidas de fronteras para todo tipo de transacciones y todas las formas de derechos de propiedad intelectual, 8) que los miembros de la OMC están obligados a proporcionar un sistema judicial especial, 9) que las sanciones penales son obligatorias para todas las infracciones a las normas de propiedad intelectual y 10) que las administraciones de aduanas tienen autoridad para determinar una infracción de propiedad intelectual (Li, 2009a).

Aunque todas estas proposiciones hacen al contenido de lo que más arriba se calificó como la agenda y/o ofensiva de la observancia de la propiedad intelectual, lo que nos interesa en este punto es su relación con el discurso de las medicinas falsificadas y los riesgos que las infracciones a la propiedad intelectual implicarían para la salud pública.

En primer lugar, una confusión recurrente en este aspecto es que las infracciones de patentes caen dentro del ámbito de lo que se conoce en el derecho internacional del comercio como piratería y falsificación, cuando en realidad la piratería y la falsificación se refieren a formas específicas de infracción de determinados derechos de propiedad intelectual.

Como se explicó más arriba, la nota al pie número 14 del artículo 51 del AADPIC define qué son las mercancías falsificadas, como una forma específica de infracción del derecho de marca, regulado entre los artículos 15 y 21 del Acuerdo, y qué significa la piratería, como una forma específica de infracción del derecho de autor, regulado en los artículos 9 a 14 del tratado.²⁰ Las eventuales infracciones de los derechos de patente, regulados entre los artículos 27 y 34 del AADPIC nada tienen que ver con la infracción del derecho de marca, que es el único derecho de propiedad intelectual que puede ser objeto de falsificación en los términos del Acuerdo.

²⁰ Para los fines del presente Acuerdo: a) se entenderá por "mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas" cualesquiera mercancías, incluido su embalaje, que lleven apuesta sin autorización una marca de fábrica o de comercio idéntica a la marca válidamente registrada para tales mercancías, o que no pueda distinguirse en sus aspectos esenciales de esa marca, y que de ese modo lesione los derechos que al titular de la marca de que se trate otorga la legislación del país de importación; b) se entenderá por "mercancías pirata que lesionan el derecho de autor" cualesquiera copias hechas sin el consentimiento del titular del derecho o de una persona debidamente autorizada por él en el país de producción y que se realicen directa o indirectamente a partir de un artículo cuando la realización de esa copia habría constituido infracción del derecho de autor o de un derecho conexo en virtud de la legislación del país de importación.

Sin embargo, los Estados desarrollados han impulsado conscientemente la expansión de las fronteras de las definiciones de piratería y falsificación más allá de los contornos delineados en el AADPIC para incluir todo tipo de infracción a los derechos de propiedad intelectual regulados en el Acuerdo, incluidas las patentes. Es el caso, por ejemplo, de las definiciones de la OCDE y la Unión Europea (Comisión Europea 2005, OCDE, 2008), que han incluido tanto los derechos de marca y derecho de autor, como las patentes, las indicaciones geográficas y derechos conexos a la hora de hablar de falsificación y piratería. En 2016 la OCDE y la Oficina de la Unión Europea para la Propiedad Intelectual (EUIPO) publicaron un estudio para “mapear” el impacto económico de la falsificación y la piratería, en seguimiento del estudio de 2008 de la OCDE. Allí aclararon que el alcance del estudio involucraría las violaciones a los derechos de marca y al derecho de autor respecto de los cuales el AADPIC considera que puede existir falsificación o piratería, pero que también incluiría en el análisis las infracciones a los derechos de patentes y los de diseño industrial. Es que, explicaron, “mientras un producto esté protegido con una marca registrada, patente, derecho de diseño o derecho de autor que agregue un valor económico a su titular de derechos, es probable que este producto sufra de falsificación y piratería. El alcance de la falsificación y la piratería es amplio y cubre casi todos los productos que están protegidos por estos derechos” (OCDE/EUIPO, 2016:50).

Estas declaraciones construyen y refuerzan confusiones conceptuales respecto de la falsificación y la piratería, de forma de extender las obligaciones especiales de observancia a las que se comprometieron los Estados miembros de la OMC respecto de estas infracciones a cualquier otro tipo de infracción, de cualquier otro derecho de propiedad intelectual y, en particular, a los derechos de patente (Li, 2009a).

Lo cierto es que no toda infracción de derechos de propiedad intelectual puede describirse como falsificación. Los medicamentos genéricos que no respetan derecho de patentes pero que no infringen las marcas comerciales no son productos falsificados en los términos del AADPIC. Tampoco lo son los productos fabricados al alero de limitaciones o excepciones legítimas a los derechos de patentes, los medicamentos genéricos que estén fuera de la patente o los autorizados bajo licencias voluntarias o no voluntarias. Además, en el caso de las patentes, a menudo la determinación de qué constituye una infracción es en sí mismo objeto de controversia, con cuestiones complejas respecto de la validez,

excepciones y alcance de la patente, cuestión bastante distinta de la determinación de si existe o no violación de un derecho de marca (Matthews, 2012:45).

Pues bien, en tanto los Estados miembros de la OMC tienen distintos tipos de obligaciones de observancia para los diversos derechos de propiedad intelectual regulados en el Acuerdo sobre los ADPIC, entender adecuadamente las fronteras de los conceptos de piratería y la falsificación es esencial a la hora de determinar qué responsabilidades tienen los Estados, pero también para mensurar la magnitud del problema, sus consecuencias y formas de abordaje (Li, 2009a).

Una segunda confusión relevante en lo que nos interesa en este capítulo, es la creencia en que las medicinas falsificadas son medicinas que infringen normas de propiedad intelectual y, en general, que los términos “productos falsos/*falsification*”, “falsificación/*counterfeiting*” y “productos que infringen propiedad intelectual” son equivalentes.

Lo cierto es que la falta de autenticidad de un producto no es indicativa de que necesariamente se verifique un caso de “falsificación” o “*counterfeiting*” en los términos de la nota 14 del AADPIC, ni de que el producto se encuentre en infracción de algún otro derecho de propiedad intelectual (Li, 2009a:19). No todo es lo mismo. Que un producto carezca de autenticidad, que sea un producto falso, no significa que se trate de una falsificación en los términos definidos en el AADPIC, lo que implicaría la posibilidad de exigir y aplicar medidas especiales de observancia del derecho de marca afectado.

Los debates sobre la falsificación de medicamentos a menudo se ven oscurecidos por el uso inapropiado del concepto de “falsificación” o “piratería” para describir situaciones que no se condicen con el marco normativo internacional (Correa, 2009a: 55). La confusión conceptual en este punto, en particular en el caso de los medicamentos, puede llevar a que bajo el rótulo de “medicinas falsificadas” se confundan una serie de situaciones muy distintas, en cuya base se encuentra la mezcla intencionada de cuestiones relacionadas a los controles de calidad de los productos por un lado y las infracciones a derechos de propiedad intelectual, por el otro (Li, 2009a, 19).

En esta línea, productos a los que les faltan ingredientes activos o se encuentran en cantidades y mezclas que no corresponden con lo indicado, medicamentos que en realidad son productos tóxicos para las personas o que son placebos y no tienen ningún efecto,

inexactitudes en los rótulos del empaquetado, el uso no autorizado de una marca comercial, la falsedad en el origen de los productos, productos ingresados a un país sin respetar las normas de importación o productos que en algún territorio infrinjan las normas de patentes, son todas situaciones que entran dentro de la gran carpa de la indefinición de las “medicinas falsificadas”. De todas ellas, sólo el uso no autorizado de una marca comercial -que, como se dijo, es una modalidad específica de infracción de un tipo específico de derecho de propiedad intelectual- podría considerarse como falsificación en los términos del AADPIC y dar paso a las medidas de observancia reforzadas a las que se comprometieron los Estados.

Lo que comúnmente se conoce como “medicamentos falsificados” se refiere más a productos farmacéuticos de calidad inferior, subestándar, antes que a las falsificaciones (*counterfeits*), que son productos que no necesariamente son de calidad inferior, que contienen los ingredientes activos correctos pero que no respetan los derechos de marca del productor original (Matthews, 2012:46).

Así, una tercera confusión central es aquella que pretende establecer una relación de causalidad entre las infracciones a las normas de propiedad intelectual y las amenazas y legítimas preocupaciones que el fenómeno de las medicinas falsificadas implica para la salud pública. En este sentido, la OCDE y la Unión Europea han advertido que los productos falsificados “pueden representar amenazas importantes para el medio ambiente o para la salud y la seguridad de los consumidores” (OCDE/UEIPO, 2016:50).

Al respecto se ha hecho notar que, si bien los productos en los que se verifique una situación de falsificación en los términos del AADPIC pueden efectivamente involucrar peligros o amenazas para la salud pública, esto no significa que la amenaza se origine necesariamente como consecuencia de la violación de un derecho de propiedad intelectual, en este caso, del derecho de marca comercial (Li, 2009a:20). Los medicamentos falsos son una amenaza importante para la salud y la seguridad públicas, mientras que las falsificaciones o de imitación (*counterfeits*) son violaciones a los derechos de marca de un productor (Matthews, 2012:46). Los productos que violan el derecho de marcas no necesariamente son peligrosos o de calidad subestándar y los productos peligrosos o de calidad subestándar no necesariamente violan el derecho de marcas o algún otro derecho de propiedad intelectual, como el de patentes.

En cuanto a la conexión entre las infracciones a las normas de propiedad intelectual y la seguridad del consumidor, en particular a su salud, Michael (2010) advierte que los consumidores pueden ser perjudicados tanto por productos de calidad inferior, subestándar o adulterados que no infringen ningún derecho de propiedad intelectual como por productos que, además, impliquen alguna infracción. Así, por ejemplo, hace notar que se han producido varios incidentes con el agregado de dietilenglicol (un compuesto que puede producir envenenamiento) en pasta de dientes, pero que estos eventos se han verificado tanto con productos etiquetados falsamente con infracción al derecho de marca, como con productos que no vulneran marca registrada alguna. Algo similar ocurrió con el incidente relacionado a la adulteración de heparina en 2008, que tuvo efectos en varios países y casi un centenar de muertes en Estados Unidos. La droga había sido comprada e importada legalmente, sin infracción de derecho alguno de propiedad intelectual, pero había sido adulterada en origen para ahorrar dinero en la producción (Michael, 2010:8).

En este respecto, Sell advertía que las diversas audiencias que se celebraron en el Congreso de los Estados Unidos sobre este anticoagulante contaminado habían entrado a jugar también en la agenda de la observancia, en tanto se había “elevado el perfil de peligro y muerte que, sin duda, se desplegará al servicio de la agenda de observancia de la propiedad intelectual” (Sell, 2010:18). Este caso, vale señalar, apareció luego, en tono casi anecdótico, en el informe preparado por el UNICRI (Instituto Interregional de Investigación sobre Delincuencia y Justicia de las Naciones Unidas) en 2011 sobre las amenazas globales de la falsificación (UNICRI, 2011:53), en un artículo de 2012 de Michele Forzley sobre medicinas falsificadas (Forzley, 2012:54) y en un reporte preparado por la iniciativa contra la falsificación y piratería (BASCAP- *Business Action to Stop Counterfeiting and Piracy*) de la Cámara de Comercio Internacional en 2015 (BASCAP, 2015a:18).

En este punto se ha advertido que la verdadera intención de los países desarrollados y la industria farmacéutica al impulsar el establecimiento de una relación causal entre la infracción de la propiedad intelectual -en particular el derecho de patentes- y supuestos peligros para la salud del consumidor, “es preparar el terreno para legitimar las iniciativas sobre el avance de la observancia de la propiedad intelectual. Este concepto erróneo también crea una justificación moral para los estándares AADPIC-plus de observancia de propiedad intelectual, al cooptar el lenguaje de la moral y la salud pública y los derechos del consumidor (Li, 2009a:21). En este sentido, Correa advierte que “la aplicación de un

enfoque de propiedad intelectual a lo que es esencialmente un problema de salud pública puede llevar a la adopción de un conjunto inadecuado de medidas” (Correa, 2009a: 29).

Con el argumento de proteger al público contra las falsificaciones, especialmente de medicamentos, se ha avanzado con una serie de iniciativas para inducir que países en desarrollo adopten un concepto amplio de “falsificación”, con el objeto de aumentar los poderes de los titulares de derechos, fortalecer las autoridades de aplicación y criminalizar las conductas infractoras (Correa, 2012).

Es el caso, por ejemplo, de Kenia, que en el año 2008 sancionó una Ley anti falsificación que, en contraste con la definición del AADPIC, no se limita a las marcas registradas, sino que adopta un enfoque expansivo sustancial al incluir a los derechos de propiedad intelectual en general, incluidas las patentes (Andanda, 2016). La ley keniana aprobada en 2008 era tan amplia que concedía protección ante la producción de copias “sin la autorización del propietario del derecho de propiedad intelectual reconocido en Kenia o en otro lugar con respecto a los bienes protegidos” (art. 2 Ley 13, 2008, énfasis agregado). De esta forma, la ley abarcaba incluso casos en los que el derecho de propiedad intelectual sólo era reconocido fuera de Kenia, ignorando el principio de territorialidad de los derechos de propiedad intelectual, principio no alterado por el AADPIC u otros instrumentos internacionales (Correa, 2012:66). La expresión “en otro lugar” fue luego removida en 2014 mediante una reforma de la ley, pero aun así el texto mantuvo una definición de falsificación mucho más amplia que la prevista por el AADPIC.

En el intertanto, en 2012, la Corte Suprema de Kenia dictó sentencia en el caso *PAO and 2 Others v Attorney General*, en el que tres personas viviendo con VIH impugnaron una serie de disposiciones de la Ley Anti falsificación. Al respecto, la Corte explicó que la ley “ha priorizado la observancia de los derechos de propiedad intelectual al tratar el problema de las medicinas falsificadas” y que “sería una violación de las obligaciones del Estado con los peticionarios con respecto a su derecho a la vida y la salud incluir en la legislación disposiciones ambiguas sujetas a la interpretación de los titulares de propiedad intelectual y funcionarios de aduanas cuando tales disposiciones se relacionan con el acceso a medicamentos esenciales para la supervivencia de los peticionarios. No puede haber lugar para la ambigüedad cuando el derecho a la salud y la vida de los peticionarios y de muchos otros keniatas afectados por el VIH/SIDA están en juego” (Kenia High Court, 2012, cons. 83 y 84).

Mientras, en 2009 el gobierno de Uganda propuso un proyecto de ley sobre mercancías falsificadas, cuya definición copiaba el texto de la ley sancionada en Kenia en 2008. Luego de la presión de distintos actores sociales, en 2015 se presentó un nuevo proyecto de ley que excluía a los derechos de patentes de su ámbito de aplicación, atendiendo a las preocupaciones respecto de que el legítimo comercio de medicamentos genéricos podría calificarse y sancionarse como "falsificación" (UNCTAD/UNIDO, 2016). En 2018 el gobierno retiró el proyecto de ley del Congreso.

Avances en el mismo sentido también se dieron en el marco de la Comunidad de Africana Oriental (East African Community-EAC) (Correa, 2012, Andanda, 2016 y UNCTAD/UNIDO, 2016)

Reflexiones adicionales sobre las medicinas falsas y la propiedad intelectual

En suma, la agenda de la observancia de los derechos de propiedad intelectual insta la creación de mecanismos más efectivos para combatir las infracciones de lo que el Preámbulo del AADPIC define como derechos privados. En el proceso de racionalizar la protección de estos derechos como un asunto de interés público, la amenaza de las medicinas falsificadas se presenta como una estrategia efectiva. Un problema real, con consecuencias graves y víctimas reales, es una justificación lo suficientemente sólida para que los Estados adopten urgentemente medidas más audaces a la hora de combatir lo que, para muchos, es percibido como un "delito sin víctima".

La intencionada confusión de conceptos como la falsificación y la piratería -y lo que esto implica en el tipo de obligaciones que tienen los Estados- y el sostenimiento de una relación causal entre las infracciones a un derecho de propiedad intelectual, como el de patente, y los peligros para la vida y salud de las personas, operan en el proceso de construir consensos en torno a la necesidad de destinar recursos y "tomarse en serio" el "crimen de propiedad intelectual".

Sin embargo, ante la problemática del uso y comercialización de medicinas de calidad subestándar, más que fortalecer las medidas de observancia de los derechos de patente, otro tipo de medidas aparecen como más idóneas y urgentes. El diseño y la implementación de políticas y regulaciones adecuadas para la producción y comercialización de medicamentos, así como el fortalecimiento de las autoridades reguladoras sanitarias, con suficiente financiamiento y recursos humanos capacitados,

son un elemento crítico para combatir las amenazas que las medicinas de calidad subestándar implican para la salud pública (Correa, 2009a y 2012).

En este sentido, Correa sugiere que el desafío más importante que plantean los medicamentos falsificados no es la infracción de la propiedad intelectual, sino los riesgos para la salud creados para los pacientes por productos adulterados. La principal preocupación en la lucha contra la falsificación de drogas no debe ser el proteger los derechos privados de propiedad intelectual, sino el derecho del público a no ser engañado acerca de las características o la fuente de un producto. Aumentar la protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual no resolverá los graves problemas derivados de la alteración del contenido de los productos (Correa, 2009a: 56).

Aun justificadas por razones de salud pública, las medidas que se impulsan para combatir el comercio de mercancías que infringen derechos de propiedad intelectual, pueden terminar afectando precisamente la capacidad de que las personas que viven en países en desarrollo puedan acceder a productos que salvan vidas, como ilustran las reglamentaciones de la UE y las legislaciones impulsadas en algunos países de África del Este.

CAPÍTULO 5: Propiedad intelectual, terrorismo y crimen organizado

En las discusiones en torno al impacto socioeconómico de las infracciones a las normas de propiedad intelectual con frecuencia se establece un vínculo entre estos problemas y algunos de los peores tipos de actividad criminal, como el tráfico de drogas, de armas e incluso el terrorismo (Seuba, 2017:66).

Según esta lectura, la producción y comercialización de productos que infringen de alguna forma las normas de propiedad intelectual financiarían el crimen organizado transnacional, el tráfico de personas, de armas y de drogas, y el terrorismo. El “crimen de propiedad intelectual”, que a primera vista se presenta como una infracción menor -un “*victimless crime* que solo afecta a las empresas”-, aparece como un fenómeno delictivo grave e igualmente peligroso que otros asuntos de seguridad internacional y que requiere la atención urgente de los Estados y las agencias internacionales de seguridad.

La construcción del vínculo

Recientemente en una “*Ted Talk*” el “gerente de protección de marca” de Tommy Hilfiger explicaba que la falsificación no es un delito sin víctimas, sino que las víctimas somos todos nosotros, en tanto las falsificaciones financian el terror en nuestras ciudades. Tal es así que, señala, “el manual de entrenamiento de Al Qaeda recomendaba explícitamente vender falsificaciones como una buena forma de apoyar a sus células terroristas” (Gray, 2017).

La idea de que Al-Qaeda recomienda a sus miembros buscar financiamiento para sus actividades terroristas mediante la venta de productos falsificados también se encuentra en el informe elaborado en 2016 por la UNIFAB francesa, que reúne a los representantes industriales de Francia. Allí se afirma que “documentos de propaganda de Al-Qaeda recomiendan comerciar productos falsificados para generar más fondos para financiar operaciones terroristas” (UNIFAB, 2016:14). Este informe, a su vez, refiere a un documento elaborado en 2004 por el CEIPI (el *Center for International Intellectual Property Studies* de la Universidad de Estrasburgo), en el que se afirmaba, respecto de Al-Qaeda, que “hay evidencia de que esta organización está instando a sus seguidores a comerciar con productos falsificados con el fin de generar fondos para operaciones terroristas” (CEIPI, 2004:35). Como soporte de esta afirmación, el CEIPI se refiere a la página 17 del “*White Paper*” elaborado en 2003 por la IACC (*International Anti*

Counterfeiting Coalition), una organización estadounidense creada en 1979 por la industria para combatir la falsificación. De este White Paper de 2003²¹ sólo se encuentra disponible la versión revisada y actualizada en 2005 (IACC, 2005) y en ella no se halla referencia alguna a manuales, documentos o instrucciones de Al-Qaeda que recomienden o insten a sus adherentes a dedicarse a la venta de productos falsificados.²²

Además, al leer “el manual” al que se refiere Gray, localizado en 2002 por la Policía Metropolitana de Manchester en una computadora durante el allanamiento a la casa de un miembro de Al Qaeda, se advierte en que ningún momento se recomienda la venta de falsificaciones como un método de financiamiento. Apenas habla de la falsificación de dinero y pasaportes (la tercera lección del Manual trata sobre “*counterfeit currency and forged documents*”).²³

Más allá de esta curiosidad, lo cierto es que desde hace años se plantea seriamente que el mercado de la falsificación y la piratería se encuentra íntimamente relacionado con las redes de crimen organizado y terrorismo.

Días después de los atentados en Nueva York en 2001, quien fuera Asesora Especial de Propiedad Intelectual del Departamento de Justicia de los Estados Unidos explicaba en el *Washington Post* que “la convergencia de nuestra seguridad económica y nuestra seguridad nacional se hizo crudamente evidente el 11 de septiembre. Las asombrosas pérdidas económicas para las industrias estadounidenses de derechos de autor y marcas registradas, alarmantes en sí mismas, ahora se ven agravadas por el tráfico oportunista de productos de propiedad intelectual para financiar el terrorismo y otras iniciativas de crimen organizado” (Mazer, 2001).

En noviembre del año 2000 la Asamblea General de la Interpol decidió mandar al Secretariado General para que adopte medidas para “combatir las violaciones

²¹ Publicado el 5 de junio de 2003, llevaba el título de “*International/Global Intellectual Property Theft: Links to Terrorism and Terrorist Organizations*”. En enero de 2005 se publicó una nueva versión, titulada “*The Negative Consequences of International Intellectual Property Theft: Economic Harm, Threats to the Public Health and Safety, and Links to Organized Crime and Terrorist Organizations*”

²² Referencias del mismo tipo -“los manuales de capacitación de Al Qaeda recuperados en 2002 revelan que la organización recomienda la venta de productos falsos como un medio para recaudar fondos para sus células”- se encuentran también en un informe preparado por la EUROPOL en 2015, que hace referencia a un informe elaborado por la consultora Ernst & Young (EY) y la Federación de Cámaras de Comercio e Industria de la India (FICCI) en 2013, que a su vez remite a un informe de 2003 de la UNIFAB, en el que no se encuentre tampoco referencia alguna a esta supuesta recomendación (EUROPOL, 2015:45; EY y FICCI, 2013:17; UNIFAB, 2003)

²³ En el sitio web del Departamento de Justicia de los Estados Unidos está disponible una traducción al inglés de este manual.

internacionales de los derechos de propiedad intelectual” (resolución AGN/69/RES/6) (Interpol, 2000). En cumplimiento de este mandato, en noviembre de 2001, dos meses después del ataque al *World Trade Center*, la Interpol celebró su 1ª Conferencia Internacional sobre crimen de propiedad intelectual. Allí se decidió establecer un Grupo de Expertos en Crimen de Propiedad Intelectual, con la participación de distintos actores, como las autoridades de aduanas, organizaciones internacionales y representantes del sector privado. En 2002 se celebró la primera reunión de este grupo, que pasó a llamarse “Grupo de Acción de Interpol para el Crimen de Propiedad Intelectual” (*Interpol Intellectual Property Crime Action Group IIPCAG*), activo desde entonces.

De acuerdo a Kathleen Millar, especialista de la Oficina de Asuntos Públicos del Servicio de Aduanas de los Estados Unidos, en aquella primera Conferencia Internacional de Interpol sobre crimen de propiedad intelectual “todos estuvieron de acuerdo en que la evidencia era indiscutible: un lucrativo tráfico de productos falsificados y piratas -música, películas, semillas patentadas, software, camisetas, Nikes, CDs falsos y ‘drogas falsas’- representa gran parte del dinero del que la red terrorista internacional depende para alimentar sus operaciones”. Es que, “detrás del ejército de secuestradores, terroristas suicidas y terroristas armados se encuentra un número aún mayor de ‘hombres de compañía’ -empresarios criminales y financieros de traje que entienden que la mejor manera de lanzar el Armagedón es a través del sistema capitalista”. Concluye Millar advirtiendo que “el 11 de septiembre cambió la forma en que los estadounidenses miran el mundo. También cambió la forma en que las autoridades estadounidenses de hacer cumplir la ley observan los delitos contra la propiedad intelectual” (Millar, 2002).

Mientras, en 2002 Moisés Naím, el director de la revista *Foreign Policy*, alertaba que “la guerra contra el terrorismo es sólo una parte de las cinco guerras globales en las que los gobiernos se enfrentan a redes internacionales de civiles apátridas” (Naím, 2002:2). Entre estas “guerras de la globalización”, Naím identifica, junto con el tráfico de drogas, de armas, de personas y el lavado de dinero, la guerra que los gobiernos “están luchando para frenar la producción y el comercio de software pirateado, películas pirateadas, discos y medicamentos, y un conjunto de otros productos y servicios de marca falsificados” (Naím, 2002:7).

Pues bien, durante 2003 se sucedieron una serie de audiencias en el Congreso de los Estados Unidos para discutir sobre el emergente problema del terrorismo y su vinculación

con las infracciones de propiedad intelectual. En marzo de 2003 el Subprocurador General Adjunto del Departamento de Justicia de los Estados Unidos aclaró que sus oficinas están “constantemente examinando posibles vínculos entre los crímenes tradicionales y el terrorismo” y que “harán todo lo que esté a su alcance para asegurarse de que la piratería de la propiedad intelectual no se convierta en un vehículo para financiar o apoyar actos de terror” (Malcom, 2003:13).

Simultáneamente, en julio del mismo año se celebró una audiencia a la que se invitó a declarar al entonces director de Interpol, Ronald K. Noble. En la apertura de la audiencia el presidente del Comité explicó que “a todos les encanta hacer un trato u obtener una ganga, pero estos son los días en que los compradores realmente deben tener cuidado, no solo porque la calidad del artículo que se compra puede no estar a la altura, sino porque el artículo falsificado que compra a un vendedor ambulante o en internet puede estar ayudando a financiar el terrorismo... esto debería hacerle pensar dos veces antes de comprar esa cartera de imitación o CD falso”. Además, advertía que el “ingenio americano” estaba siendo usurpado por criminales que financian el terrorismo: “me preocupa mucho que nuestra exportación más valiosa, el ingenio estadounidense y la sangre, el sudor y las lágrimas que hay detrás de nosotros, nos sean arrebatados como nación” (Hyde, 2003:1).

Por su parte, Noble fue enfático en la necesidad de reconocer la gravedad del crimen de propiedad intelectual. En esa ocasión señaló que “el vínculo entre los grupos del crimen organizado y los productos falsificados está bien establecido. Pero la Interpol está sonando la alarma respecto de que el Crimen de Propiedad Intelectual se está convirtiendo en el método preferido de financiación para varios grupos terroristas. (...) Los organismos encargados de hacer cumplir la ley deben reconocer que el delito de propiedad intelectual no es un delito sin víctimas. Debido a la creciente evidencia de que los grupos terroristas a veces financian sus actividades utilizando los ingresos (de esta actividad), se lo debe ver como un delito muy grave con implicancias importantes para la seguridad pública” (Noble, 2003:13).

En la misma audiencia, el Subsecretario de Seguridad Fronteriza y de Transporte del Departamento de Seguridad Nacional explicó que “ha habido cobertura mediática alegando vínculos entre mercancías falsificadas y pirateadas y financiación de grupos terroristas. (Pero) ni el BICE (*Bureau of Immigration and Customs Enforcement*) ni el

BCBP (*Bureau of Customs and Border Protection*) han establecido un vínculo directo entre las ganancias de la venta de mercancías falsificadas y actos terroristas específicos” (Hutchinson, 2003:21).

También en esa audiencia participó el presidente de la IACC que, en sus palabras, “es la organización más grande que se ocupa exclusivamente de cuestiones relacionadas con la falsificación y la piratería” y está formada por representantes de la industria “automotriz, eléctrica, de entretenimiento, software, indumentaria, artículos de lujo, tabaco, cuidado personal, farmacéutico y productos de oficina” (Trainer, 2003). En la audiencia expuso el contenido de su informe de 2003 en el que, mediante el relato de casos anecdóticos, incluso de algunos investigadores privados de su propia organización, se explica que existen fuertes sospechas de que la falsificación y piratería son actividades que organizaciones terroristas utilizan para financiarse.

De todas formas, el presidente de la organización aclaró que ellos refieren a una vinculación ‘posible’ “porque la industria no tiene la responsabilidad de hacer la vinculación concreta. El objetivo principal de nuestros miembros que poseen propiedad intelectual es investigar, desarrollar, crear, fabricar y ofrecer nuevos y mejores productos a los consumidores, no emprender investigaciones penales encubiertas” (Trainer, 2003:41).

Del mismo modo, en el informe también se previene que “IACC no sabe con absoluta certeza si los ingresos de la venta de productos falsificados o piratas han financiado actos específicos o incidentes de terrorismo”, sin perjuicio de lo cual, afirman que “el IACC cree que existe una amplia evidencia para confirmar la letanía de sospechas, acusaciones y relatos anecdóticos de que las organizaciones terroristas están involucradas y se benefician de la venta de productos falsificados/piratas” (IACC, 2005:20).

Para ilustrar la relación entre la falsificación y el terrorismo y los peligros que esto implica, el informe de 2005 del IACC señala, por ejemplo, que “según los reportes de los medios de comunicación, el FBI ha compilado pruebas contundentes de que los terroristas que bombardearon el *World Trade Center* en 1993 financiaron sus actividades con venta de textiles falsificados en una tienda ubicada en Broadway en la ciudad de Nueva York” (IACC, 2005:20).

Sobre este mismo caso el informe de la fundación RAND de 2009 fue más enfático y señaló que “las conexiones entre el terrorismo y la falsificación descansan sobre una base de evidencia bien establecida. A principios de la década de 1990, por ejemplo, los terroristas que lideraron el primer ataque al *World Trade Center* financiaron su operación mediante la venta de camisetas falsificadas” (RAND, 2009:5), refiriendo al artículo de Kathleen Millar que también menciona este hecho (Millar, 2002). Esta misma información se presenta como un dato sólido que da cuenta de la larga relación entre la falsificación y el terrorismo global en varios otros informes y artículos (CEIPI, 2004:35; Pollinger, 2008:89; Roudaut, 2012:94; EY y FICCI, 2013:17; UNIFAB, 2016:11; Gomez, 2017:36; Sullivan, Wilson y Kinghorn, 2017:15).

Sin embargo, lo cierto es que si se rastrea de dónde viene, la información tambalea.

En 1996, en *Bloomberg* se publicó un artículo en el que se afirmaba que fuentes del FBI, sin identificar, habrían señalado que esa oficina federal “está investigando si las ganancias de camisetas falsas y ropa deportiva en la ciudad de Nueva York se desviaron para financiar el bombardeo del *World Trade Center* de 1993” (Stern, 1996).

Mientras, en 2001, en el *Washington Post* Mazer relató que, según un testimonio ante el Comité Judicial del Senado en 1995, la Fuerza de Tarea Conjunta contra el Terrorismo de Nueva York “tenía razones para creer que los jugadores de alto nivel que controlan el mercado de venta de camisetas falsificadas estaban usando las ganancias de estas actividades para apoyar a grupos terroristas, como el que bombardeó el *World Trade Center* en 1993” (Mazer, 2001).

Efectivamente, en 1995 se celebró una audiencia sobre Falsificación en el Comité Judicial del Senado estadounidense, para nutrir la discusión de una modificación a la ley de marcas. Allí expuso Dempster Leech²⁴, quien fue presentado como un “investigador privado” que se “ha dedicado los últimos 15 años exclusivamente a investigar la falsificación de marcas comerciales y derechos de autor” en Nueva York.

En su exposición relató que “en 1993, ayudé a la policía a allanar un gran edificio en el centro de Nueva York que albergaba a aproximadamente 40 empresas dedicadas a la venta al por mayor de camisetas falsificadas. Sacamos nueve remolques de productos falsificados de este edificio y \$ 200,000 en efectivo. Se realizaron 40 arrestos. Poco

²⁴ N.T.: Que el apellido no nos distraiga.

después de la redada, fui visitado por miembros de la Fuerza de Tarea Conjunta contra el Terrorismo de Nueva York. Me indicaron que varios de los jugadores de alto nivel que controlaban la operación de falsificación estaban usando parte del dinero para apoyar las actividades de grupos terroristas como los que bombardearon el *World Trade Center* en Nueva York. La investigación de todo esto aún está en curso. Mientras tanto, muchos de los jugadores que fueron arrestados están de vuelta en la calle y continúan vendiendo camisetas falsificadas” (Leech, 1995:9-10).

Ese mismo año se celebraron cuatro audiencias en el Comité Judicial de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos para el estudio específico del problema del terrorismo, las amenazas que implicaba para el país y el tratamiento de una nueva ley (la *Comprehensive Antiterrorism Act*). En esas audiencias expusieron diversos expertos y representantes gubernamentales de las agencias que de una u otra forma trabajan para el combate del terrorismo, entre ellos el FBI, que era parte de la Fuerza de Tarea Conjunta contra el Terrorismo de Nueva York.

Muchas de las exposiciones trataron sobre la necesidad de abordar las vías de financiamiento de estos grupos. Ni una de ellas mencionó la relación entre el ataque al *World Trade Center* en 1993 y la venta de camisetas falsificadas. Tampoco en la investigación y juicio que condenó a los responsables del atentado se habló de un posible financiamiento del ataque mediante la venta de ropa de marca falsificada (US House of Representatives 1995a y 1995b).

También, para señalar la importancia de atacar el negocio de la falsificación y la piratería, se ha hecho referencia asimismo a que el ataque de 2004 a la central de trenes de Atocha en Madrid habría sido financiado mediante la comercialización de productos falsificados. En 2007 una editorial de New York Times señaló que el Comisionado de la Policía de Nueva York habría señalado en una conferencia de prensa que “el grupo acusado de los atentados con bomba en el tren de Madrid en 2004, que mataron a 191 personas, utilizó los ingresos de la venta de CD pirateados para financiar sus actividades” (New York Times, 2007).

En este mismo sentido, el informe de Ernst & Young (EY) y la Federación de Cámaras de Comercio e Industria de la India (FICCI) señala que “según el Comisionado de Policía de Nueva York, el incidente del atentado en el tren de Madrid se financió mediante la venta de CD pirateados” (EY y FICCI, 2013:17). La referencia a que el Comisionado de

policía habría ligado el atentado de Madrid a la venta de CDs pirateados se encuentra presente también en el informe de la EUROPOL (2015:45) y otros artículos (Gomez, 2017:37). Para sostener dicha afirmación EY y FICCI refieren a dos estudios: el de UNIFAB sobre falsificación y crimen organizado, que nada podría decir de un atentado ocurrido al año siguiente (UNIFAB, 2003), y otro de dos investigadores que en 2004 publicaron un estudio sobre la relación entre el terrorismo otro tipo de crímenes y en el que nada se dice sobre los atentados de Madrid (Dandurand y Chin, 2004).

Lo cierto es que la sentencia de la Audiencia Nacional de España que en 2007 condenó a los responsables materiales y cómplices del atentado no señala la venta de productos falsificados como el medio para financiar la operación. La sentencia aclara que los acusados no españoles se dedicaban a la venta de estupefacientes y la falsificación de documentos, mientras que los españoles se dedicaban a la venta de estupefacientes y de explosivos (Audiencia Nacional, 2007:626). De lo que se pudo reconstruir es que la dinamita utilizada en los atentados habría sido pagada en parte con hachís o para saldar una deuda de una compra previa de hachís (Audiencia Nacional, 2007:192-3). También, cuando se allanó el departamento de uno de los acusados se encontraron 60 kg. de hachís, 125.000 pastillas de metanfetamina y 19.000 euros en efectivo (Audiencia Nacional, 2007:202). En este mismo sentido se ha pronunciado la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, advirtiendo que en Madrid los ataques fueron financiados mediante la venta de éxtasis y hachís (UNODC, 2019:26).

Pues bien, además de la posibilidad de financiamiento al terrorismo, el informe de la IACC de 2005 advierte que “existe el potencial aterrador de que los terroristas puedan usar la comisión del crimen (de propiedad intelectual) como un medio de ataque”. Mediante “el uso de productos farmacéuticos falsificados que en lugar de los ingredientes adecuados contienen químicos, venenos o toxinas biológicas mortales” o mediante la venta de “productos farmacéuticos falsos que no contienen ningún ingrediente activo”. De esta forma, señala, “los terroristas ni siquiera necesitarían ingresar a los Estados Unidos para llevar a cabo el ataque” (IACC, 2005:34-5). Huelga recordar aquí que el fenómeno de los medicamentos adulterados a los que hace referencia el informe, poco tiene que ver con la protección o no de la propiedad intelectual sobre los productos farmacéuticos.

Es así que, en el contexto de la “reevaluación” de las “prioridades de las autoridades para abordar los problemas de seguridad nacional”, la IACC concluye su informe señalando que “mantener un fuerte nivel de observancia de la propiedad intelectual dentro de nuestras fronteras, en nuestras fronteras y, en la medida en que sea jurisdiccionalmente posible, internacionalmente, ayudará en la batalla contra las organizaciones criminales y el terrorismo” (IACC, 2005:35).

Sin embargo, advierte que “no es posible para la industria y las organizaciones del sector privado contrarrestar los efectos nocivos del robo de propiedad intelectual sin recursos y ayuda gubernamentales significativos”, por lo que insta “al gobierno de los Estados Unidos y a otras naciones a que investiguen de manera más agresiva los casos de robo de propiedad intelectual” (IACC, 2005:35-6).

Del mismo modo, en la audiencia ante la Cámara de Representantes su presidente recomendó, por un lado, elevar las penas a nivel nacional por la comisión de delitos de falsificación y piratería y reforzar los controles en las fronteras y, por otro, “imponer estándares más altos de observancia de la propiedad intelectual a los socios comerciales que buscan preferencias comerciales para acceder al mayor mercado del mundo” (Trainer, 2003:38).

También, como se adelantó, la Fundación RAND, un *think tank* estadounidense especializado en cuestiones estratégicas y de defensa nacional, ha alertado sobre los peligros que las infracciones a la propiedad intelectual implican para la seguridad de los Estados Unidos. En un informe publicado en 2009 y financiado por la *Motion Picture Association* (MPA), la Fundación RAND alertaba de las posibles vinculaciones de las actividades de falsificación y piratería con el crimen organizado y el terrorismo (RAND, 2009).

El informe identifica tres formas en que el terrorismo y la piratería pueden vincularse y las ejemplifica con la supuesta participación del IRA en el control de la comercialización de productos falsificados en Irlanda del Norte, las actividades ilícitas del clan Barakat en la Triple Frontera y la supuesta participación del grupo D-Company en los atentados en Bombay en 1993 (RAND, 2009:75,82,91). Al respecto, señala que, si bien tres casos no son suficientes para alcanzar conclusiones definitivas, sí “ilustran varias formas de convergencia entre el crimen organizado, la piratería y el terrorismo” (RAND, 2009:95).

Por su parte, en 2010 la Oficina de Contabilidad del Gobierno (GAO) de los Estados Unidos elaboró un informe sobre los impactos de la falsificación y piratería. Allí, remitiéndose al informe de la Fundación RAND, calificó la evidencia de que las organizaciones delictivas y terroristas estarían involucradas en la falsificación y la piratería apenas como “anecdótica”, quitándole la capacidad de establecer si existe o no dicha vinculación y cuál es su naturaleza efectiva (GAO, 2010:12).

En particular respecto de la piratería online de obras protegidas por derecho de autor, cuya vinculación con el crimen organizado y el terrorismo ha sido blandida como justificación para elevar los estándares de observancia en los Estados Unidos (Sell, 2010:17) e internacionalmente (Michael, 2010:8), el informe RAND puso en duda esta relación. Al respecto aclaró que, si bien existen grupos organizados que se dedican a una actividad criminal esta criminalidad consiste, precisamente, en “sacar provecho ilegalmente de bienes robados”. Sin embargo, estos “piratas digitales” o *warez groups* (los que piratean online, no necesariamente los que se dedican a su distribución y venta) “hasta donde se puede determinar, no participan en otras formas de delincuencia organizada, como el tráfico de drogas o de personas” (RAND, 2009:38).

Del mismo modo, asociaciones empresarias internacionales han creado programas específicos para combatir la falsificación de bienes que violan las normas de propiedad intelectual y elaborado informes sobre la vinculación de esta actividad y el terrorismo.

En un informe encargado por la iniciativa *Business Action to Stop Counterfeiting and Piracy* (BASCAP) de la ICC (*International Chamber of Commerce*) y por la *International Trademark Association* (INTA) en 2013 sobre los impactos económicos de la falsificación y piratería, se señalaba también, con referencia al informe RAND, la existencia de posibles vínculos entre estas actividades y el terrorismo (BASCAP, INTA y Frontier Economics, 2016:51).

Asimismo, el informe preparado por la consultora Ernst & Young y la FICCI al que se hizo referencia más arriba señala que “durante las últimas décadas, las principales agencias de inteligencia y de observancia de la ley en todo el mundo han encontrado evidencia concluyente de la creciente participación de las organizaciones terroristas en actividades de falsificación, piratería y contrabando para financiar ataques terroristas” (EY y FICCI, 2013:1) y que “aunque hasta la fecha no se ha demostrado de manera concluyente que un aumento en la falsificación conduce a un aumento correspondiente

en las actividades terroristas, la cantidad de actividades de falsificación que se han visto asociadas a terroristas es demasiado grande para ser ignorada” (EY y FICCI, 2013:7). En el informe se hace referencia, como se dijo, a los ataques al WTC en 1993 y Atocha en 2004 como ejemplos de ataques concretos financiados mediante la venta de productos falsificados, así como a los manuales de Al-Qaeda que recomiendan a sus miembros financiar sus operaciones mediante la venta de falsificaciones (EY y FICCI, 2013:17).

Como se señaló más arriba, en 2016 la Unión de Fabricantes de Francia (UNIFAB) publicó un informe específico sobre la Falsificación y el Terrorismo, en seguimiento del que había elaborado años antes sobre Falsificación y Crimen Organizado (UNIFAB, 2003). Allí explicaron que la falsificación “perjudica a las empresas que son víctimas de ella, arruinando la innovación y destruyendo empleos, perjudica a los consumidores, quienes ponen en riesgo su salud y seguridad al comprar productos que no cumplen con los estándares de seguridad vigentes” y que “los vínculos entre la falsificación, el crimen organizado y el terrorismo han sido claramente comprobados” (UNIFAB 2016:2).

Como indicativo de esta estrecha relación, el informe de UNIFAB remite al caso de los hermanos Kouachi, autores del atentado a la sede de la revista satírica Charlie Hebdo en enero de 2015. Según señala, los medios de comunicación franceses informaron que uno de los hermanos Kouachi estaba siendo vigilado por las autoridades francesas por sospechas de vinculación con grupos extremistas pero que, desde mediados de 2014, había cesado su vigilancia porque el sospechoso habría virado en su carrera delictiva hacia “delitos menores”: dejando la agitación del extremismo islámico se había dedicado a la comercialización de ropa y zapatos deportivos con infracción de marca, que importaba desde China. Con toda esta información y a la vista los hechos de violencia de los hermanos Kouachi, la UNIFAB concluye que “uno sólo se puede lamentar que las autoridades públicas clasificaran la falsificación como un ‘delito menor’” (UNIFAB, 2016:16). En este sentido, después del ataque, la directora general de Aduanas Hélène Crocquevieille declaró en los medios de comunicación que “el tráfico de calzado deportivo de los hermanos Kouachi ha resaltado el estrecho vínculo entre la falsificación y la financiación del terrorismo” (Piliu, 2015).

También, el informe de UNIFAB alerta que dos de los responsables de los ataques en Paris y Saint Denis en noviembre del mismo año vivían en Molenbeeck. Esta ciudad belga, señala el informe, es reconocida como un lugar de radicalización islámica en la

que, además de las altas tasas de delincuencia, existe un activo mercado de falsificaciones (UNIFAB, 2016:17).

Respecto de los hermanos Kouachi, vale señalar que el problema central no es que se dedicaran la importación y venta de productos que infringen el derecho de marcas, sino que esos ingresos fueran destinados a comprar armas. Entrar disparando a la redacción de una revista es igualmente grave si los ingresos provienen de fuentes de financiamiento lícitas o ilícitas. En estos casos la relevancia de la actividad con la que se recauda dinero está dada por el destino de los fondos -el terrorismo- y no por la actividad en sí -la venta callejera de zapatillas o camisetas con infracción de marca.

Que grupos terroristas puedan recurrir a la comercialización de productos que infringen derechos de propiedad intelectual no implica que esa actividad ilícita sea peligrosa en sí misma. Al menos no en el mismo grado que otras actividades potencialmente lucrativas, como la venta de armas o la trata de personas. A priori no parece proporcional estimar que las falsificaciones revistan de la misma gravedad que otras conductas graves, sólo por la posibilidad de que, eventualmente, grupos terroristas busquen financiar sus operaciones por esta vía de comercio ilícito

Sin embargo, la UNIFAB no lo entiende de esta forma y es por eso que insta a las autoridades para que, entre otras cosas, promuevan un “enmienda anti-falsificación” de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de Naciones Unidas “para considerar el tráfico de mercancías falsas tan grave como el tráfico de drogas y de armas” (UNIFAB, 2016:29).

Esta equiparación, que podría parecer desproporcionada en atención a los bienes jurídicos e intereses en juego, es también impulsada por organismos internacionales especializados en la lucha contra el crimen. En este sentido, la Interpol ha señalado enfáticamente que “es ingenuo compartimentar el crimen organizado transnacional o el tráfico de bienes ilícitos. El producto es simplemente una mercancía que se puede comercializar con fines de lucro”. Para la Agencia, el producto que se trafica es indiferente, se trata simplemente un *commodity* que se transa por un beneficio económico y los involucrados “rara vez se preocupan si el producto en cuestión son drogas ilegales, cigarrillos, falsificaciones, armas o incluso seres humanos” (Interpol, 2014:7).

Para Interpol, el producto comercializado ilícitamente no tiene importancia y frente a todo hecho ilegal se debe responder con los mismos recursos. De esta forma, una organización que se dedica a la importación y venta de productos de lujo que infringen el derecho de marcas o CDs pirateados, es igual de criminal y peligrosa que la organización transnacional que se dedica a la trata de personas o el tráfico de armas.

Tanto Interpol como la UNODC (*United Nations Office on Drugs and Crime*) han establecido oficinas especializadas destinadas a combatir el “crimen de propiedad intelectual” y elaborado informes e investigaciones que dan cuenta de la “evidente” relación entre la violación de los derechos de propiedad intelectual y el crimen organizado internacional. El argumento planteado es que las ganancias de la venta de falsificaciones van dirigidas a financiar a grupos criminales internacionales que se dedican al narcotráfico, el tráfico de armas, el terrorismo y la trata de personas (Interpol, 2014). La oficina de Naciones Unidas asegura que “grupos como la Mafia o la Camorra en Europa y América, y las Tríadas y la Yakuza en Asia se han diversificado hacia el tráfico ilícito de mercancías falsificadas, a la vez que continúan con sus actividades criminales” (UNODC, 2014).

Estas instituciones han desarrollado campañas de concientización o *awareness* para alertar sobre los peligros que entrañan las infracciones de propiedad intelectual. Documentos y muy ilustrativos videos se pueden encontrar en los sitios web de las campañas: de UNODC “*Counterfeit. Don't buy into organized crime*” y de Interpol “*Turn Back Crime*”. Desde la oficina especializada de Naciones Unidas señalan la necesidad de educar al público sobre la gravedad de estas infracciones, toda vez que aunque “el tráfico ilícito de productos falsificados a menudo se percibe como un ‘delito menor’, las consecuencias pueden ser muy graves, con costos que van mucho más allá de la copia ilegal de productos” (UNODC, 2014:1).

De acuerdo a las cifras de Interpol, los cigarrillos de contrabando son los productos más traficados a los EEUU. Le siguen los bolsos y carteras, relojes y joyería, ropa y accesorios, y luego la electrónica de consumo (2014:17). Según la misma Agencia, los cigarrillos serían una importante fuente de financiamiento de grupos terroristas, con casos documentados del IRA y Hezbollah. (2014:31 y 117). Susan Sell celebraba irónicamente las iniciativas de Interpol respecto de los cigarrillos falsificados y la defensa de los consumidores, en tanto advertía que “! los consumidores deben estar protegidos para

garantizarles el acceso a productos fatales auténticos y no a productos fatales falsos!” (Sell, 2010:460).

Vale notar también que las “Estrategias para la observancia de los derechos de propiedad intelectual en terceros países” confeccionadas por la Comisión Europea se hicieron eco de estas preocupaciones, aunque con un ligero matiz. Mientras en su versión de 2005 la Estrategia refería que “desde hace algunos años crece la preocupación que suscita la participación cada vez mayor de organizaciones delictivas, y en ocasiones hasta de grupos terroristas, en las principales operaciones de tráfico internacional de mercancías falsificadas y pirata” (Comisión Europea, 2005b:13), en la actualización de 2014 la preocupación por el terrorismo desapareció y se limita a señalar que “la presencia cada vez mayor de la delincuencia organizada también preocupa muy seriamente a los gobiernos” (Comisión Europea, 2014a:4).

Crimen organizado en el Derecho Internacional

En el abordaje de la relación entre el crimen organizado y el mercado de los productos falsificados, una referencia recurrente es el informe confeccionado en 2011 por el UNICRI (Instituto Interregional de Investigación sobre Delincuencia y Justicia de las Naciones Unidas). Allí el UNICRI señala que “el crimen organizado se dedica esencialmente a ofrecer bienes y servicios ilegales que se demandan dentro de un territorio determinado” (UNICRI, 2011: 82) y que “no hay duda de que una parte importante del tráfico de productos falsos es administrada, en una variedad de niveles, por el crimen organizado” (UNICRI, 2011: 78). Advierte, además, que “el modus operandi que los delincuentes implementan para salvaguardar sus actividades ilícitas mediante el soborno o recurriendo a su elevado poder de intimidación, también se aplica en el caso de la falsificación” (UNICRI, 2011:94). Vale señalar que este informe no entra a analizar, ni afirma, la existencia de un vínculo entre las actividades de falsificación y el terrorismo internacional.

Sobre qué es el “crimen organizado”, el Informe del UNICRI recupera la definición de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional (la Convención de Palermo, adoptada en el año 2000) que “identifica a un grupo delictivo organizado como un ‘grupo estructurado de tres o más personas, que existe por un período de tiempo y actúa en concierto con el objetivo de cometer uno o más delitos u ofensas graves ... para obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio material”. Para

definir la gravedad, la Convención apeló a un criterio cuantitativo: cuando la pena del delito alcance cuatro años de privación de libertad.²⁵

Al respecto, el UNICRI explica que a lo que se apunta con esta definición es distinguir “entre el criminal individual que puede ser ayudado por un cómplice y organizaciones más complejas que involucren a más personas y, por lo tanto, implican un mayor grado de capacidad operativa, lo que representa una mayor amenaza para el orden público”. Así, cuando se trata de crimen organizado, se utiliza una “definición muy amplia que abarca a la asociación criminal que se implementa para llevar a cabo actos delictivos que permitan al grupo generar ganancias”. Indica el UNICRI que esta definición “es válida para las organizaciones tradicionales similares a la Mafia, que están estructuradas de manera jerárquica con una clara división de roles y fuertes conexiones con el territorio”, pero también “incluye fenómenos modernos como redes criminales laxas con estructuras variables que operan en diferentes sectores y territorios” (UNICRI, 2011:79).

De esta forma, no sorprende que se pueda trazar una relación entre el “crimen organizado”, entendido ampliamente como lo define el UNICRI y la Convención, y las actividades relacionadas con la producción, venta y distribución de productos falsificados que vulneran derechos de propiedad intelectual. Estas últimas son actividades que necesariamente requieren cierto grado de coordinación y, generalmente, de coordinación transnacional. En estas condiciones, que la producción, venta y distribución de piezas de vestir o relojes falsificados a través de las fronteras sea calificada como un hecho de “crimen organizado”, en poco nos ayuda a dilucidar o explicar el grado de gravedad o importancia social que estos hechos tienen y qué tipo de respuesta estatal exigen.

Sin perjuicio de esta identificación preliminar del “crimen de propiedad intelectual” como “crimen organizado” en su definición internacional, lo cierto es que si nos detenemos a revisar en qué consistieron los trabajos preparatorios de la Convención, qué dice su texto y las resoluciones de la Conferencia de las Partes del tratado, no queda tan claro que las infracciones contra la propiedad intelectual, aun con carácter transnacional, sean de aquellos crímenes graves a los que se refiere la Convención.

Sobre el tipo de fenómenos delictivos a los que la Convención está dirigida, los trabajos preparatorios de la negociación dan cuenta de que no existía acuerdo de si se debía incluir

²⁵ Lo que, vale señalar, no es muy difícil encontrar en un Código Penal.

una lista cerrada o abierta de delitos o si se debía hacer enumeración alguna. Las propuestas sobre listas de delitos incluían, por ejemplo, el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, el blanqueo de dinero, el tráfico de personas, en particular mujeres y niños, el tráfico ilícito y transporte de migrantes, la falsificación de moneda, el tráfico ilícito o robo de objetos culturales, el tráfico ilícito o robo de material nuclear, los actos de terrorismo y la fabricación y tráfico ilícitos de armas de fuego (UNODC, 2008; UNCTOC, 2012). Finalmente se decidió no incluir una lista de delitos y se convino establecer una definición amplia, abierta, a la vez que se acordaron tres protocolos especiales para algunos delitos.²⁶ Así, no pareciera que el comercio en bienes falsificados estuviera en mente de los Estados cuando negociaron esta Convención.

En 2009, la Asamblea General de la ONU recomendó a la Conferencia de las Partes de la Convención que, aprovechando su décimo aniversario, destine un espacio “de alto nivel” para discutir sobre nuevas y emergentes formas de delincuencia en el mundo (NU, 2009).

El resultado de este espacio fue un documento de trabajo titulado “La noción de delito grave en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”. Allí se expuso que, aunque no fuera indicativo de consenso sobre el carácter de estos delitos, durante las deliberaciones de la Conferencia se señalaron como fenómenos emergentes de delincuencia seria al “tráfico ilícito de bienes culturales, delitos ambientales (como la tala ilegal, la pesca ilegal, la minería ilegal y el tráfico ilícito de vida silvestre), el cibercrimen, el robo de identidad, la piratería, el tráfico de medicamentos fraudulentos y el tráfico de órganos humanos” (UNCTOC, 2012).

De lo analizado por la Conferencia de Partes pareciera que ninguno de los hechos que se han considerado como “fenómenos emergentes” incluye la falsificación de bienes protegidos por un derecho de marca o la infracción de otro modo de algún derecho de propiedad intelectual. Apenas se ha mencionado en las discusiones el peligro que implican las medicinas adulteradas que, como ya se explicó, es un fenómeno que poco tiene que ver con la protección de la propiedad intelectual.

A pesar de todas estas aclaraciones, en algunos foros de Naciones Unidas el lucro generado mediante la infracción de derechos de propiedad intelectual es considerada

²⁶ El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y el Protocolo contra la fabricación y tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas, componentes y municiones

igualmente como una “ofensa grave”, como es el caso, por ejemplo, de la UNODC. En sus capacitaciones sobre los vínculos entre el terrorismo y el crimen organizado, la Oficina advierte que, aunque el terrorismo busca financiamiento de muchos lugares, la capacitación no se detendrá a analizar el caso de “delitos penales menos graves”. Sin embargo, entre los fenómenos de delincuencia organizada (como contraposición a los delitos penales menos graves), la Oficina incluye, sin mayores explicaciones, la venta de productos falsificados, junto con la trata de personas y el tráfico de armas (UNODC, 2019).

¿Triple Frontera, terrorismo y propiedad intelectual?

Sudamérica ha sido un foco de especial atención en el estudio de la relación entre la falsificación y el terrorismo islámico internacional.

En noviembre de 2001 la corresponsal de CNN en Kabul, Afganistán, reportaba el allanamiento a una casa de supuestos integrantes de Al Qaeda. Luego de mostrar en cámara papeles arrojados a la basura en las que, en árabe, se detallaba “cómo construir una bomba nuclear”, la periodista relata que “mientras recorriamos esta casa ahora abandonada, nos encontramos con esta imagen en la pared. Estas son las Cataratas del Iguazú en Brasil, y aquí es donde los funcionarios de inteligencia de los Estados Unidos dicen que han identificado células terroristas que, según dicen, están vinculadas a Osama bin Laden y la red Al Qaeda” (CNN, 2001).

Sin perjuicio de que la identificación de la zona de la Triple Frontera con las redes de terrorismo internacional no nació en 2001, se ha advertido que “las conexiones entre los grupos musulmanes en la región y el terrorismo solo se galvanizaron después de 2001” (Brancoli, 2019). Fue recién en ese momento en que la Triple Frontera “conocida durante mucho tiempo como un sumidero de contrabando, se convirtió en uno de los muchos centros de atención en la ‘guerra global contra el terrorismo’ de los Estados Unidos” (Costa y Schulmeister, 2007:27). Incluso, el ex subsecretario de Defensa de los Estados Unidos reveló en 2008 que, luego de los atentados de septiembre de 2001, el entonces secretario de Defensa Donald Rumsfeld contempló entre las posibilidades de acción del ejército estadounidense un ataque de represalia contra Al Qaeda en América del Sur, precisamente en la Triple Frontera (Tokatlian, 2018).

Además de la Triple Frontera, desde comienzos de los 2000 Estados Unidos también ubicó entre los posibles lugares de financiamiento del terrorismo internacional a la ciudad

norteña de Chile, Iquique, que goza de un régimen preferencial de aduanas. En 2003 se alertaba que “se cree que existen lazos terroristas islámicos entre la Triple Frontera e Iquique en Chile” (Hudson, 2003:30), mientras que, según reveló WikiLeaks, los embajadores norteamericanos en Santiago mantenían constantemente informado a Washington sobre la posible presencia de células extremistas islámicas en el país (Figuerola, 2011).

Desde 1995 el Departamento de Estado estadounidense elabora un informe anual sobre “patrones de terrorismo global”. Aunque en su informe del año 2000 se alertaba sucintamente que “los grupos religiosos extremistas continuaron planteando una preocupación terrorista en la zona de la triple frontera de Argentina, Brasil y Paraguay” (US State Department, 2001), al año siguiente esta consideración se agudizó. Allí se explicó que el área de la Triple Frontera “adquirió un nuevo protagonismo a raíz de los ataques del 11 de septiembre en los Estados Unidos. Aunque el tráfico de armas y drogas, el contrabando, el fraude de documentos y divisas, el lavado de dinero y los productos pirateados se han asociado durante mucho tiempo con esta región, también se ha caracterizado como un centro para las actividades de Hezbollah y Hamas, particularmente para fines logísticos y financieros” (US State Department, 2002:48). Desde ese momento, aun sin ataques en la región, el gobierno norteamericano ha mantenido viva la duda sobre las actividades terroristas en la zona, lo que ha motivado su involucramiento en el Cono Sur (Miranda, 2018:29).

Aunque excede, por mucho, el alcance de este trabajo, vale hacer notar que el carácter de “terrorista” de las agrupaciones políticas Hamas y Hezbollah puede ser muy claro para la política exterior estadounidense, pero en el ámbito internacional esta es una cuestión, al menos, controvertida. El envío de remesas desde Latinoamérica para apoyar a Hamas y Hezbollah puede ser considerado como financiamiento al terrorismo para Estados Unidos e Israel, pero esa conclusión no es unívoca para el resto del mundo.

Más allá de esta aclaración, en octubre de 2002 un reportaje aparecido en el *New Yorker* relataba que fuentes de inteligencia estadounidenses afirman que “algunos de los árabes de la Triple Frontera celebraron el 11 de septiembre del año pasado y también en el aniversario de este año”. Además, estas fuentes de inteligencia aseguraron que “Hezbollah dirige campos de entrenamiento de fin de semana en granjas en la mitad de la selva tropical de la Triple Frontera. En al menos uno de estos campamentos, en el

remoto terreno de la jungla cerca de Foz de Iguazú, adultos jóvenes reciben entrenamiento con armas y los niños son adoctrinados en la ideología de Hezbollah -una mezcla de antiamericanismo y antijudaísmo inspirado en el ayatolá Jomeini" (Goldberg, 2002).

Al año siguiente, un estudio preparado por el Congreso estadounidense concluía que "los grupos terroristas islámicos están utilizando la Triple Frontera para fines de refugio seguro, recaudación de fondos, lavado de dinero, reclutamiento, capacitación, conspiración y otras actividades relacionadas con el terrorismo", alertando que "Hezbollah ha cosechado cientos de millones de dólares en ganancias de narcóticos y tráfico de armas, piratería de productos y otras actividades ilícitas". (Hudson, 2003:68).

También, el coronel estadounidense Philip K. Abbot especializado en el "hemisferio occidental", describía en 2004 la Triple Frontera como un "área sin ley" con "actividades ilícitas que generan miles de millones de dólares anuales en lavado de dinero, tráfico de armas y drogas, falsificación, falsificación de documentos y piratería. La Triple Frontera ofrece a los terroristas financiamiento potencial; acceso a armas ilegales y tecnologías avanzadas, fácil movimiento y ocultamiento, y una población receptiva de la cual reclutar nuevos miembros y difundir mensajes globales" (Abbot, 2004).

Asimismo, en el informe de la *International Anti Counterfeiting Coalition* de 2005 sobre las vinculaciones entre la falsificación y el terrorismo, se reservó un apartado específico para la situación en la Triple Frontera, recuperando las fuentes de inteligencia que hablaban sobre los campos de entrenamiento y el adoctrinamiento ideológico (IACC, 2005:30). Por su parte, en su informe de 2009 la Fundación RAND expresaba que Ciudad del Este "se ha convertido en un símbolo del nexo entre el crimen organizado y el terrorismo". Allí se afirma que la Triple Frontera es "un refugio para una colección de grupos criminales y organizaciones terroristas islámicas" y que constituye el "centro más importante para financiar el terrorismo islámico fuera de Medio Oriente" (RAND, 2009:75). Referencias del mismo tipo se pueden encontrar en el informe de la UNIFAB francesa, en que se destacan las actividades de recaudación de fondos de Hezbollah en el Cono Sur (UNIFAB, 2016:13).

En particular, el informe de la fundación RAND recuerda que "años de investigaciones" llevaron a que en 2004 el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos nombrara a Assad Ahmad Barakat, junto con otros integrantes del "clan", como un "terrorista mundial especialmente designado" por actuar como "el financiador clave de Hezbollah en

América Latina”, y congeló sus activos. Al respecto, señala el informe que “estos casos traen una nueva perspectiva sobre Barakat y su red de asociados en la Triple Frontera, demostrando el vínculo entre el financiamiento del terrorismo de Barakat y una vasta operación de piratería” (RAND, 2009:77). También, el último informe del Departamento de Estado norteamericano afirma que “Hezbollah continuó con sus actividades financieras y de recaudación de fondos en el hemisferio occidental”, destacando la detención de Barakat en Brasil y que las autoridades argentinas congelaron activos de 14 individuos del “clan” (US State Department, 2019:187).

Sobre este punto, valen dos pequeñas anotaciones. Por un lado, que en julio de 2018, efectivamente, la Unidad de Información Financiera de la Argentina dispuso el congelamiento de bienes de algunos integrantes del “clan”, pero no por financiamiento al terrorismo, sino por un posible lavado de dinero usando maniobras fraudulentas en los casinos de Puerto Iguazú (Nabot, 2018). Mientras, en septiembre de 2018 la policía brasileña detuvo en Foz de Iguazú a Assad Ahmad Barakat. Aunque los medios de comunicación celebraron su detención como si se tratara de una acción antiterrorista en la Triple Frontera, lo cierto es que la orden de detención, dictada por la justicia paraguaya, estuvo motivada por la supuesta falsificación de documentos para la renovación de un pasaporte. Barakat estuvo preso en Paraguay entre 2004 y 2008 luego de ser condenado por evasión de impuestos, producto de lo cual en 2007 se le anuló su nacionalidad paraguaya. Sin embargo, en 2018 Barakat renovó su pasaporte, por lo que se le acusa haber presentado documentación adulterada y se ordenó su captura internacional (Ministerio Público Paraguay, 2018).

Pues bien, luego de la revitalización de la región como posible guarida de terroristas, en diciembre de 2002 Estados Unidos se unió al comité que Argentina, Brasil y Paraguay habían creado en 1996 para coordinar cuestiones de seguridad en la Triple Frontera. De esa forma, comenzó a funcionar un mecanismo consultivo que se conocería como el Grupo “Tres más Uno” para fortalecer las capacidades para combatir el crimen transfronterizo y frustrar las actividades de lavado de dinero y recaudación de fondos terroristas, atendiendo especialmente a que en esa región reside una comunidad musulmana “considerable” (US State Department, 2005).

En el análisis de Tokatlian, la anuencia suramericana para incorporar a la potencia del Norte a este mecanismo regional respondió en buena medida a la intención de “evitar ser

identificados como un problema de seguridad para Estados Unidos, aumentar la confianza entre las partes, procurar una colaboración equilibrada, preservar márgenes de autonomía y mantener a distancia a Washington dado el valor estratégico del Acuífero Guaraní” (Tokatlian, 2018). En este respecto, se ha señalado que el involucramiento del hegemón en las discusiones en torno a las políticas de seguridad y defensa en la región fue un punto de inflexión a partir del cual se configuró una nueva estructura de relaciones políticas, mediante una cooperación sistémica entre los tres países y Estados Unidos, aunque también marcada por una dispersión de intereses y prioridades (Miranda, 2018, 29).

Mientras que, por ejemplo, Paraguay concedió inmunidad diplomática a los soldados estadounidenses que realizaron ejercicios militares en territorio paraguayo entre 2004 y 2006 (leyes 2447, 2546 y 2594), desde Brasil y Argentina la presencia estadounidense no era vista con los mismos ojos. Ante la falta de evidencias concretas sobre la actividad terrorista en la Triple Frontera, la cooperación entre los países se tensionó. En la reunión plenaria del mecanismo de cooperación en 2006 los países sudamericanos pusieron en duda la necesidad de la participación estadounidense y la contundencia de la información aportada. En el comunicado oficial se expuso que los tres países “manifestaron que la información presentada por los Estados Unidos no aporta nuevos elementos que pudieran permitirles afirmar la existencia de actividades terroristas en la región, incluyendo el financiamiento del terrorismo” (Cancillería argentina, 2006).

De acuerdo con la información revelada por WikiLeaks, en agosto de 2007 la representación estadounidense en Brasil le comunicó al Departamento de Estado que Brasil no ve “el mecanismo de cooperación trifronterizo Tres más Uno que incluye a Estados Unidos como la mejor manera de abordar las preocupaciones sobre terrorismo”. Además, explicaba que Itamaraty “descartó categóricamente la expansión del mecanismo Tres más Uno para discutir otros temas de delincuencia transnacional” y que “Brasil está más que dispuesto a discutir la trata de personas, los esfuerzos antinarcóticos, la falsificación y el lavado de dinero con las agencias del gobierno de los Estados Unidos de manera bilateral” (WikiLeaks, 2007). Mientras, en 2009 la representación estadounidense destacó que el gobierno brasileño se “enfoca en construir una arquitectura de seguridad regional en América del Sur que no incluya a los Estados Unidos”, como los grupos de trabajo del Mercosur y, en particular, el Consejo de Defensa de América del Sur de la UNASUR, fundada en diciembre de 2008. De esta forma, explican, “revitalizar el Tres más Uno se vuelve aún más necesario” en tanto es el “único pie en la

puerta” que los Estados Unidos tiene en materia de seguridad en la región. Para esto, se proponía ampliar el alcance del mecanismo: que no se limite a la zona de la triple frontera, no se circunscriba a cuestiones de contraterrorismo y se invite a participar a naciones vecinas, como Chile y Uruguay (WikiLeaks, 2009).

Poco tiempo después el mecanismo de cooperación entre los cuatro países entró en un estado de marasmo hasta que, en la Conferencia Ministerial Hemisférica de Lucha contra el Terrorismo realizada en julio de 2019 en Buenos Aires, los representantes de Estados Unidos, Argentina, Brasil y Paraguay expresaron su compromiso de reflotarlo. Esta decisión se dio en un contexto geopolítico particular, en que Argentina, Brasil y Paraguay estaban dirigidos por gobiernos de derecha alienados políticamente con los Estados Unidos.

Pues bien, respecto de las alegaciones de presencia de grupos terroristas en la zona de la Triple Frontera, vale advertir que éstas no se refieren a grupos operativos o de planificación de ataques (salvo las fuentes anónimas citadas por el reportaje del *New Yorker*). Por el contrario, se limitan a señalar la posibilidad de que el comercio ilegal en la zona esté financiando organizaciones terroristas. Atendiendo especialmente a la “considerable” población de origen árabe y musulmana, la evidencia de los vínculos de los habitantes de la Triple Frontera y el terrorismo islámico internacional aportada por Estados Unidos, se ha centrado básicamente en el envío de remesas a organizaciones políticas o de cooperación en Medio Oriente (Costa y Schulmeister, 2007:34). Así se ha expresado en los distintos informes del Departamento de Estado. En el Informe de 2008, por ejemplo, Estados Unidos expresó que se mantiene preocupado porque “simpatizantes de Hezbollah y Hamas recauden fondos en el área de la triple frontera al participar en actividades ilícitas y solicitar donaciones de simpatizantes en las comunidades de Oriente Medio de la región. Sin embargo, no hubo información corroborada de que éstos u otros grupos extremistas islámicos tengan una presencia operativa en la región” (US State Department, 2009:156-7). Esta evaluación se mantiene en la actualidad (US State Department, 2019).

Costa y Schulmeister advierten que en la indagación en torno a la relación entre los residentes de la Triple Frontera y las actividades terroristas se encuentran “numerosos callejones sin salida y muchos argumentos circulares entre los expertos”. Apuntan, así, que vale preguntarse si no se trata de un fenómeno bajo la sombra del “dilema de la

inteligencia”, en el que, en un juego de espejos, no se logra determinar si es que los servicios de inteligencia y autoridades no pueden reunir evidencia sobre los vínculos porque son incapaces de hacerlo o porque directamente no existen tales vínculos. Sin perjuicio de lo cual, vale mantener la sospecha (Costa y Schulmeister, 2007:38).

En este punto, Tokatlian ha sido enfático al señalar que “no hay evidencia seria respecto de la presencia en la Argentina de grupos terroristas de corte fundamentalista y alcance global. No hay informes internacionales ni documentos internos públicos y creíbles”. Aclara que “si alguna vez se especuló con la existencia de ‘células dormidas’ ligadas a Al-Qaeda en la Triple Frontera hoy no hay indicio alguno de ello: una prolongada narcolepsia es la nota prevaleciente en un área muy vigilada por tres países del Cono Sur más Estados Unidos (y otros servicios de inteligencia)” (Tokatlian, 2017).

En una entrevista concedida a un periódico argentino en 2014, Joe Napoli, la máxima autoridad militar en la Embajada estadounidense en Argentina hasta el año 2008, reconocía que si bien la Triple Frontera debía ser vigilada en tanto allí se puede encontrar tráfico ilícito y conexiones con organizaciones de Medio Oriente, “la relación entre la Triple Frontera y la amenaza del terrorismo no es tan fuerte como creíamos en 2001” (Tomás, 2014).

Sin embargo, y a pesar de ser la única región del mundo que, desde 2001, no ha padecido atentados producto del terrorismo global, recientemente en América Latina volvió a ganar espacio el discurso sobre la amenaza terrorista (Tokatlian, 2018). La reciente Conferencia Ministerial Hemisférica de Lucha contra el Terrorismo en julio de 2019 en Buenos Aires, las declaraciones sobre el peligro del extremismo islámico en la Triple Frontera, la reactivación del Grupo Tres más Uno y la designación oficial de Hezbollah como un grupo terrorista en la Argentina, son expresión de esta tendencia creciente que pareciera responder más a alineamientos geopolíticos que a amenazas reales y concretas.

Desde hace años la Triple Frontera ha sido presentada como un ilustrativo ejemplo de la íntima relación entre las actividades de falsificación y piratería con el terrorismo islámico internacional (IACC, 2005; RAND, 2009 y UNIFAB, 2016). Sin embargo, cuando se analiza de cerca, la situación no parece tan clara. Ni respecto de la existencia de células terroristas operando en el Cono Sur ni, por cierto, de la vinculación entre el terrorismo y la infracción de normas de propiedad intelectual en la Triple Frontera.

Reeducando sobre la gravedad del “crimen de propiedad intelectual”

Drahos y Braithwaite advierten que, como parte del proceso de “reeducación” sobre la gravedad de la piratería de propiedad intelectual, una de las estrategias principales consiste en el relacionamiento de las infracciones a las normas de propiedad intelectual con delitos a los que el público general realmente teme.

Esto es así en tanto, explican, “es más fácil justificar gastar dinero público en la guerra contra la descarga ilegal de software o la grabación ilegal del último álbum de Michael Jackson, si las personas que realizan la copia ilegal también son miembros de organizaciones neonazis o grupos terroristas” (Drahos y Braithwaite, 2002: 27). La movilización de recursos públicos se justifica más fácilmente, y el reordenamiento de prioridades de políticas públicas cobra sentido, cuando el luchar contra la piratería significa, en última instancia, luchar contra el crimen organizado y el terrorismo.

En este respecto el uso de metáforas y calificaciones como las de “pirata” y robo para referirse a las infracciones de las normas de propiedad intelectual y su relacionamiento con situaciones consideradas ampliamente disvaliosas por la sociedad, como el terrorismo y el crimen organizado, crea una narrativa que justifica leyes y penas severas y que exige una reforzada atención internacional. Lo que se busca es movilizar atención y reeducar al público y las autoridades en torno a que la piratería y la falsificación no es “la industria artesanal inofensiva que parece ser, sino un delito que está en gran medida vinculado al crimen organizado que opera a nivel mundial”, relacionada con “la posesión de drogas y armas de fuego, la explotación de niños, la inmigración ilegal y, la amenaza más temible de todas, el terrorismo” (Alexander, 2007: 648).

Según ha señalado Interpol, el proceso de reeducación sobre la gravedad de las infracciones de propiedad intelectual ha tenido un impacto positivo. Sus estudios muestran que luego de 10 años de implementar programas de coordinación con las policías nacionales “el nivel de conciencia sobre los delitos de propiedad intelectual entre los países miembros creció al 79%. Ahora 150 países dan cuenta que tienen problemas significativos y el crimen de propiedad intelectual ahora se trata como una prioridad policial mayor de lo que era hace 10 años. Muchos países han establecido unidades nacionales dedicadas a la delincuencia contra la propiedad intelectual” (Interpol, 2014:6).

Correa ha expuesto que, como resultado del enfoque expansivo de la falsificación y la piratería, y la recurrente asociación con la operación de redes criminales, “se equipara

indebidamente cualquier infracción de propiedad intelectual con el delito y se eleva la observancia de la propiedad intelectual a la categoría de una herramienta vital contra la delincuencia e incluso el terrorismo” (Correa, 2009a:33).

Del mismo modo, Sell relata que en la agenda de la observancia se ha apuntado a asustar al público a toda costa, en condiciones que “el alarmismo abarca desde cuentos de teléfonos celulares en explosión y drogas tóxicas falsificadas, hasta acusaciones sin fundamento de crimen organizado e incluso participación terrorista”. Por ejemplo, señala que “en abril de 2008, el Fiscal General de los Estados Unidos, Michael Mukasey, afirmó que los terroristas venden software pirateado para financiar sus operaciones, pero no proporcionó evidencia para este reclamo. Simplemente estaba tratando de asustar a la gente para que respaldara la ley PRO-IP (*Prioritizing Resources and Organization for Intellectual Property Act*) en el Congreso” (Sell, 2010:17).

En las negociaciones del ACTA también se argumentó la necesidad de normas de observancia más estrictas, en particular del derecho de autor, como una forma de combatir el crimen organizado y el terrorismo internacional. Sobre este punto se ha dicho que en las negociaciones el gobierno de los Estados Unidos, una vez más, estaba “usando el miedo como arma para alcanzar sus objetivos” (Port, 2011:35).

Así como es exagerada por la industria la magnitud de los impactos económicos que tendría la falsificación en materia de pérdida de ventas, empleos e impuestos, se señaló que la significancia de la relación con el terrorismo pareciera igualmente sobreestimada (Port, 2011:35). Incluso, las autoridades estadounidenses llegaron al punto de denegar el acceso a los documentos de la negociación del ACTA bajo el argumento de que esa información era “clasificada en interés de la seguridad nacional”. La denegación se fundó en la aplicación de la orden ejecutiva 12.958 que regula el proceso de clasificación de documentos por razones de seguridad nacional, según la modificación realizada por G.W. Bush en 2003, con la orden ejecutiva 13.292 (McManis, 2009:1238).

En este aspecto, se señaló que “las justificaciones detrás de ACTA son sospechosas” y que se “aprovecha inapropiadamente un vocabulario creciente de indignación contra los daños de la falsificación y se lo aplica contra la infracción de los derechos de autor”. Es que, explican, resulta difícil argumentar en contra de una mayor observancia de los derechos de propiedad intelectual si del otro lado está el financiamiento del terrorismo o la venta de drogas adulteradas y mortales. Sin embargo, no parece razonable argumentar

que los adolescentes que descargan música -o el estudiante que descarga de *Sci-Hub* un artículo publicado por *Elsevier*- deban estar sujetos a sanciones o procedimientos similares que el crimen organizado o el terrorismo (Kaminski, 2009: 250).

La urgencia de este acuerdo ha sido enfatizada por el impacto económico de la falsificación y “la insinuación de que la falsificación apoya a las organizaciones terroristas”, de forma que se pretenden “colar cambios sustanciales en otros aspectos del derecho internacional de propiedad intelectual bajo la bandera de la infalibilidad moral” (Kaminski, 2009:255).

Durante la negociación se argumentó que los países en desarrollo, reacios a aceptar mayores estándares de observancia, tenían también “razones para preocuparse por el comercio internacional de productos falsificados y pirateados, atendido el creciente cuerpo de evidencia empírica que ha vinculado el comercio de productos falsificados y pirateados con el crimen organizado y el terrorismo”. De esta forma, se pretendió contrarrestar las “críticas de que el ACTA simplemente representa el último capítulo de un esfuerzo impulsado por las corporaciones del mundo industrializado para imponer estándares cada vez más altos de protección de la propiedad intelectual” (McManis, 2009: 1238-9).

Al respecto, Wall y Large apuntan que si bien “la lógica de la economía de la falsificación ciertamente presenta circunstancias que podrían fomentar tales vínculos (con el crimen organizado y el terrorismo), especialmente la combinación de niveles relativamente bajos de riesgo percibido con un retorno masivo de la inversión”, lo cierto es que “todavía hay demasiada confianza acrítica en la lógica detrás de ese vínculo entre la falsificación y el crimen organizado y no hay suficiente reflexión sobre cómo funciona y si existe o no en la actualidad” (Wall y Large, 2010:16-7).

En particular sobre la vinculación con el terrorismo, en 2014 investigadores de las universidades de Michigan y Nueva York realizaron un estudio estadístico porque advertían que “la prensa y las comunidades de inteligencia y de observancia (de propiedad intelectual) han especulado sobre las conexiones entre la falsificación y el terrorismo”, pero “gran parte de esta especulación se ha centrado en algunas anécdotas comúnmente citadas. Hasta el momento, casi ninguna investigación empírica examina específicamente cómo las organizaciones terroristas financian sus operaciones utilizando productos falsificados” (Sullivan, Chermak, Wilson y Freilich, 2014:357). Sobre los grupos

terroristas, el estudio afirma que éstos “están involucrados en varios tipos de esquemas de fraude para cumplir con los objetivos de la organización y financiar sus operaciones” y que “la falsificación de productos a menudo es sólo uno de los muchos tipos diferentes de empresas criminales en las que participa un grupo terrorista” (Sullivan, Chermak, Wilson y Freilich, 2014:359-60).

Para el estudio los investigadores relevaron la información contenida en dos bases de datos: una sobre actividades financieras ligadas al extremismo (la sección de crímenes financieros de la *United States Extremist Crime Database - EFCDB*) y otra que reúne los incidentes relacionados con la falsificación en los Estados Unidos, del *Center for Anti-Counterfeiting and Product Protection* de la Universidad de Michigan. Así, obtuvieron información sobre “todos los casos de falsificación de productos conocidos que ocurrieron en los Estados Unidos, donde los individuos involucrados fueron acusados penalmente” desde 1990 (Sullivan, Chermak, Wilson y Freilich, 2014:369).

Los resultados de la investigación dieron cuenta de que, en realidad, “en relación con otros esquemas financieros que involucran a extremistas políticos, el uso extremista de la falsificación de productos es un evento raro”. Así explican que “de los más de 150 casos financieros vinculados al extremismo yihadista y los 800 de falsificación, solo nueve casos de falsificación cumplieron con nuestros criterios de inclusión para una asociación extremista yihadista” (Sullivan, Chermak, Wilson y Freilich, 2014:371).

Es decir, el estudio encontró que de los más de 150 casos relacionados con el financiamiento de agrupaciones yihadistas en los Estados Unidos entre 1990 y 2013, sólo nueve podían relacionarse con la falsificación de productos. Se trataba de personas sospechadas de vinculaciones con el extremismo islámico que fueron procesadas por casos de venta de cigarrillos, CDs pirateados y ropa con infracción del derecho de marca. La financiación del ataque al *World Trade Center* en 1993 no está entre ellos.

También el análisis de los casos mostró que “ninguno de los esquemas se realizó para apoyar un complot terrorista violento específico” (Sullivan, Chermak, Wilson y Freilich, 2014:366) y que “la mayoría de estos esquemas no estaban motivados ideológicamente, ni era el objetivo principal financiar la operación terrorista”. Además, se afirma que la “mayoría de los esquemas y sospechosos están motivados por el deseo de obtener ganancias, en lugar de financiar una causa terrorista específica” y que, si bien algunos sospechosos tendrían intención de recaudar dinero para el movimiento yihadista “la

mayoría de los sospechosos eran predominantemente no extremistas o tenían una débil afiliación a una ideología extremista” (Sullivan, Chermak, Wilson y Freilich, 2014:369).

Sin perjuicio de estas consideraciones, los autores concluyen que, de todas formas, el estudio “demuestra la colaboración entre terroristas y delincuentes no ideológicos motivados por el deseo de obtener ganancias financieras”. Así, señalan que los grupos terroristas y el crimen organizado no son “entidades separadas”, sino que su estudio “proporciona evidencia de la convergencia de sus operaciones financieras”. Es por esto que, afirman, “centrarse sólo en sospechosos con vínculos conocidos con el terrorismo ignora la motivación de ganancias involucrada en cada uno de estos esquemas”, toda vez que los “falsificadores terroristas son capaces de equilibrar múltiples objetivos para cumplir tanto con fines lucrativos como ideológicos” (Sullivan, Chermak, Wilson y Freilich, 2014:370).

Por su parte, Michael alerta que en la discusión en torno a la necesidad de normas más robustas para la observancia de los derechos de propiedad intelectual se trazan “descripciones coloridas (que) enfatizan las conexiones entre el desarrollo y la infracción de la propiedad intelectual, el delito y la seguridad” (Michael, 2010:10).

Sin embargo, “muchas de estas justificaciones no tienen fundamentos teóricos o empíricos claros. Incluso cuando existe evidencia de una conexión entre la infracción de propiedad intelectual y los efectos nocivos, la evidencia a menudo es disputada o se equilibra con evidencia alternativa”. A pesar de esto, señala, estos argumentos “proporcionan una narrativa atractiva y una interpretación simple” de los problemas relacionados a la observancia de la propiedad intelectual (Michael, 2010:11).

Observancia de propiedad intelectual y lucha antiterrorista

A pesar de la retórica que revuela la discusión en torno a la falsificación y el supuesto vínculo con el crimen organizado, se ha señalado que “es inadecuado justificar la intervención del gobierno en el monitoreo y la observancia de los derechos de propiedad intelectual privada basados en la hipótesis de que la falsificación de bienes de lujo es atractiva” para estos grupos. En tanto, “no es el propósito de la ley de propiedad intelectual controlar las actividades de las organizaciones terroristas” y, además, “cualquier crimen organizado relacionado con el terrorismo puede abordarse a través de legislación específicamente dirigida a ese propósito” (Osei-Tutu, 2013:804).

En este sentido, se sugiere que si bien puede haber casos en los que estos grupos se involucren en actividades de falsificación, la vinculación que se construye entre ambos fenómenos “distorsiona la perspectiva de qué es la infracción de los derechos de propiedad intelectual y de qué se trata la observancia” de estos derechos (Tekeste y Muñoz, 2008:20).

Asimismo, Fink advierte que lo cierto es que “la evidencia disponible sobre los vínculos entre las infracciones de los derechos de propiedad intelectual, el crimen organizado y el financiamiento de grupos extremistas es de naturaleza anecdótica”. Y afirma, además, que, aunque puede ser creíble, se requiere de evidencia sistemática sobre los efectos positivos que una observancia reforzada de los derechos de propiedad intelectual tendría para abordar estos fenómenos. De otra forma, señala, “las referencias sueltas a los vínculos con el crimen organizado o incluso el ‘terrorismo’ corren el riesgo de ser abusadas por intereses creados que se beneficiarán de la observancia reforzada de sus derechos exclusivos” (Fink, 2009:12).

Las representaciones de las infracciones de propiedad intelectual como un fenómeno íntimamente ligado con el crimen organizado y el terrorismo ayudan a la movilización de recursos y aliados. Lo que Sell llama “la política del miedo” en la agenda de observancia ha permitido abordar este problema desde el enfoque de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley e incorporar actores, como Interpol, que se han anotado como entusiastas reclutas para esta tarea (Sell, 2010:15).

La vinculación de la falta de respeto de estos derechos de monopolio sobre el conocimiento con asuntos centrales en la agenda de seguridad internacional, como el terrorismo islámico, justifica la adopción de medidas extraordinarias para el combate del “crimen de propiedad intelectual”. Cuando esto ocurre, son los Estados los principales encargados de adoptar medidas para afrontar el fenómeno de la falsificación y piratería. Las responsabilidades de control y observancia que pesaban sobre los titulares de los derechos aparentemente infringidos, se trasladan a los Estados y organizaciones internacionales que ahora deben adoptar acciones de política pública para defender estos derechos privados e imponer sanciones (Osei-Tutu, 2013:796). Nuevamente, estamos frente a un proceso de socialización de los costos de la observancia de derechos privados (McManis, 2009: 1237).

Aunque se trate de industrias que difícilmente puedan establecer una conexión directa entre la protección de sus derechos y la salud o seguridad pública (como pueden ser las producciones pirateadas de Disney, el software de Microsoft, los bolsos Louis Vuitton o las zapatillas Nike) y aunque no se divisen fácilmente razones de interés público que justifiquen el rol del gobierno como guardián de sus derechos, estas industrias igualmente se benefician de los esfuerzos gubernamentales para robustecer los estándares de observancia (Osei-Tutu, 2013:785).

En este punto vale recordar que al describir los elementos del proceso de securitización, la Escuela de Copenhague subraya que es más probable que el acto securitizador sea efectivo cuando se relaciona a cuestiones o asuntos que por lo general ya son entendidos como amenazantes (Buzan, Waever, Wilde, 1998:33). El proceso de construir un asunto determinado como un asunto de seguridad internacional, es facilitado si entran en escena cuestiones ampliamente aceptadas dentro de esa categoría, asuntos que se encuentran “institucionalmente securitizados” (Buzan, Waever, Wilde, 1998:27).

En este caso, mediante la vinculación de la venta de productos falsificados con actividades que de por sí tienen una jerarquía de asuntos de seguridad internacional de alta prioridad (como el terrorismo, el tráfico de armas y el crimen organizado en general), intereses patrimoniales que quizás jamás llegarían a justificar la movilización masiva de recursos estatales y la atención internacional, se encuentran en una mejor posición para disputar ese lugar.

La justificación de la urgencia para atender el fenómeno de la infracción a las normas de propiedad intelectual no se centra en las características amenazantes del fenómeno en sí mismo, sino que se enmarca en una lucha más amplia contra asuntos que ya son aceptados como de alta preocupación internacional. Ya no es necesario entrar en complicadas discusiones de política pública en la que se disputan cuestiones técnicas, económicas y sociales controvertidas sobre por qué son necesarias medidas más estrictas de observancia, qué grado de protección de propiedad intelectual es deseable para los Estados, por qué el “crimen de propiedad intelectual” debe ser perseguido con mayor fuerza y por qué los Estados deben dedicar más recursos a esta tarea. La necesidad de estas medidas de observancia reforzada está dada por su vinculación al esfuerzo dirigido a combatir cuestiones respecto de las cuales no hay disputa sobre su urgencia y carácter amenazante.

Pues bien, aun admitiendo la hipótesis de que organizaciones terroristas o el crimen organizado involucrado en hechos graves como la trata de personas o el tráfico de armas incursionan también en la comercialización de productos que infringen el derecho de marcas o el derecho de autor, esto no provee de por sí una justificación suficiente para que la política pública, nacional e internacional, se destine a elevar los estándares de observancia de estos derechos de propiedad intelectual. Es que, además de que no queda claro que el robustecimiento de las medidas de observancia tenga como efecto el desmantelamiento de redes criminales o terroristas, tampoco pareciera ser la vía más idónea para abordar estos problemas. En este punto, Michael alega que, en el caso de que se puedan establecer claras líneas de conducción entre el terrorismo y el crimen organizado por un lado, y la comercialización de productos que infringen derechos de propiedad intelectual, por el otro, las políticas públicas debieran en realidad apuntar a que se destinen más recursos para abordar y perseguir directamente a la delincuencia organizada y sus graves consecuencias, haciendo un uso efectivo de recursos limitados, en lugar de atacar a actividades ilegales periféricas como la infracción de la propiedad intelectual (Michael, 2010:8).

Del mismo modo, se ha señalado que “los argumentos de que la infracción de los derechos de autor está vinculada al terrorismo y el tráfico de drogas pueden elevar el perfil de los derechos de autor a los ojos del gobierno y la policía, pero no ayudan a explicar por qué las infracciones de los derechos de autor podrían ser un delito en sí mismo.” Es que la preocupación nacional e internacional respecto de las infracciones de propiedad intelectual, así como los recursos que se destinen para esto, deben estar justificados por los daños que esas infracciones impliquen “y no por referencia a otros delitos que cometan los infractores” (Alexander, 2007: 654).

Por cierto, encuadrar de esta forma el debate traslada la discusión desde la política ordinaria sobre los beneficios o no de la propiedad intelectual, la proporcionalidad en el tipo de medidas de observancia y los recursos que se deben destinar para la protección de derechos patrimoniales privados, a una arena de discusión en que los “piratas” son, en definitiva, los culpables del crimen organizado y el terrorismo.

CAPÍTULO 6: Simbolismos y lenguaje en la disputa de propiedad intelectual. De privilegios y derechos, del *hard work* y los piratas

Lo simbólico ha sido fundamental en el establecimiento de las reglas de propiedad intelectual a nivel internacional y la transformación de la protección de intereses patrimoniales de unos pocos en el reflejo del interés público de la sociedad mundial en su conjunto.

El lenguaje, las metáforas y las imágenes han encuadrado el debate en materia de propiedad intelectual de forma tal que de un lado han quedado situados los representantes del bien común y el desarrollo y, del otro, los piratas que aprovechan del trabajo duro de otros (Weissman, 1996). Con esta descripción pictórica, como advierte Loughlan (2008), es bastante fácil el distinguir al bueno del malo en una discusión cuando uno de ellos es llamado “ladrón”.

Estudios financiados por las industrias consiguieron reunir un amplio conjunto de datos y argumentos para sostener en la Ronda de Uruguay dos afirmaciones poderosas sobre la importancia de la protección de la propiedad intelectual. Por un lado, la pérdida de millones de dólares que sufrían las empresas norteamericanas como consecuencia de una inadecuada protección de sus derechos de propiedad intelectual en otros países y, por otro, la necesidad de una protección sólida de la propiedad intelectual para fomentar el desarrollo económico y la innovación, argumentando que esta beneficiaría a los países en desarrollo al fomentar la inversión extranjera y nacional en investigación e impulsaría la transferencia de tecnología (Weissman, 1996: 1085).

Sin embargo, estos argumentos por sí solos no tenían la potencia necesaria como para contrarrestar los enfoques alternativos en materia de propiedad intelectual que existían en los distintos países en base a sus propios modelos de desarrollo. Para avanzar, los defensores de la propiedad intelectual necesitaban una reconceptualización del debate. Así, durante la Ronda de Uruguay operó lo que Weissman (1996) calificó como una “ofensiva conceptual”, en la que el debate fue “enmarcado para la victoria” por parte de las industrias interesadas y sus gobiernos. Dos conceptos de fuerte peso simbólico gozaron de centralidad en la retórica destinada a establecer la necesidad de reglas estrictas de propiedad intelectual: el discurso de los derechos y el de la piratería. Las corporaciones que intervinieron en las discusiones de la Ronda de Uruguay se representaron a sí mismos

(y a sus países) como titulares de derechos víctimas de un robo por parte de “piratas”, explicando los profundos efectos negativos de este robo (Sell y Prakash 2004).

Los derechos

Históricamente, los derechos de propiedad intelectual y, en particular, las protecciones de patentes se consideraron "concesiones de privilegio" por parte del Estado, más que derechos de los individuos propiamente como tales. Además, estas concesiones de privilegio se consideraban como una antítesis al libre comercio (Sell y Prakash, 2004). Siendo que, por definición la protección de la propiedad intelectual consiste en restringir el comercio de ciertos bienes y el reconocimiento de monopolios legales, una de las grandes ironías del impulso al libre comercio mundial, expresado en el acuerdo que instituyó a la Organización Mundial del Comercio, es la inclusión de la protección global de la propiedad intelectual en el “carro de la victoria” del libre comercio (Weissman 1996:1069).

En este sentido, desde temprano se ha señalado que caracterizar, en particular, la protección de patentes como una especie de “derecho” de propiedad intelectual fue un primer paso para establecer los términos del debate y que, si bien esta caracterización no es novedosa, en el debate sobre la política internacional de patentes en la Ronda de Uruguay, el uso del término "derecho" ejerció una influencia importante para avanzar en esa agenda (Weissman, 1996:1086).

Además, se ha advertido que en la discusión de la Ronda de Uruguay la concepción que primó sobre la propiedad intelectual fue la del propietario, antes que el utilitarismo. Mientras que el utilitarismo entiende que los derechos de propiedad intelectual son creados y concedidos por el Estado, justificados en los beneficios que trae en materia de innovación para la sociedad en su conjunto, el propietario entiende la propiedad intelectual como un derecho natural basado en la relación esencial entre el inventor y su obra (Morin, 2009).

Pues bien, más allá de la discusión entre utilitarismo y propietario, lo cierto es que caracterizar algo como un derecho tiende a inmunizarlo frente a los eventuales desafíos o contestaciones, tanto en la práctica como en el ámbito de las ideas.

Transgredir un derecho significa "violación de un derecho", es la comisión de un acto que a priori está mal. Etiquetar algo como un derecho es excluirlo, en cierta medida, de una

eventual discusión política sobre su validez e infracción. Así, aunque no se lo considere como un “derecho natural”, la caracterización como un derecho supone al menos que debe ser protegido frente a posibles vulneraciones (Weissman, 1996:1087). Al reconocer que alguien tiene un derecho es necesaria una argumentación agravada sobre las razones de interés público que pueden justificar su limitación razonablemente.

Además, el lenguaje de los derechos se inclina por lo general a favor de la persona que reclama el derecho (el dueño de la propiedad intelectual), mientras que cuando se trata de privilegios o concesiones, la balanza tiende a inclinarse a favor de la persona que otorga dicho privilegio (el Estado o, más ampliamente, la sociedad). Así, se ha advertido que las corporaciones “envolvieron en el manto del derecho de propiedad” sus intereses económicos, de forma de defender su protección y merecimiento (Sell y Prakash, 2004:157). Es que, como explica Morin, al dueño de un derecho de propiedad se lo considera en una posición tal que pareciera que tiene la facultad de hacer lo que quiera con su propiedad. Es suya. A diferencia de lo que ocurriría con un privilegio concedido por el Estado, el establecimiento de límites o restricciones sobre un derecho de propiedad en principio inviolable exige un grado mayor de persuasión y justificación. Conjuntamente, la carga de dicha persuasión se invierte automáticamente y son los terceros los que tienen que demostrar la existencia de intereses públicos lo suficientemente poderosos como para justificar la restricción a los derechos de propiedad (Morin, 2009).

Además, se ha puesto de relieve que la caracterización de los intereses del inventor o productor de propiedad intelectual como un “derecho” oscurece la naturaleza contingente de la protección de ese interés. En distintos momentos y lugares, un mismo interés, sea una patente o un derecho de autor, puede recibir distintos grados de protección, por períodos más o menos extensos o sometidos a distintas condiciones para su ejercicio (Weissman, 1996).

Vale aquí una pequeña digresión. Como algunos tratados internacionales de derechos humanos reconocen el derecho de las personas a la “protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora” (artículo 15.1.c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas - PIDESC), esto podría llevar a pensar que en realidad el régimen internacional de propiedad intelectual lo que protege

es un “derecho humano”. Sin embargo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), que es el órgano internacional de expertos independientes encargado de supervisar la aplicación del Pacto y su intérprete autorizado, ha dejado en claro que el derecho garantizado en el artículo 15 del PIDESC “no coincide necesariamente con lo que se denomina derechos de propiedad intelectual en la legislación nacional o en los acuerdos internacionales” en tanto estos “protegen principalmente los intereses e inversiones comerciales y empresariales” y “sus derechos no están protegidos en el plano de los derechos humanos” (Comité DESC, 2006).

Pues bien, volviendo a la Ronda de Uruguay, aprovechando la preocupación de los políticos por la pérdida de competitividad que, alegaban, traía consigo la falta de respeto de los derechos de propiedad intelectual alrededor del mundo, y destacando el papel de la propiedad intelectual en la innovación de alta tecnología, los actores del sector privado lograron re-enmarcar las “subvenciones” o privilegios como “derechos de propiedad” sobre bienes intelectuales y lograr consenso en torno a que su reconocimiento y protección beneficiaba, en definitiva, a la sociedad en su conjunto (May y Sell, 2006).

De esta forma, ya no se trata simplemente de una concesión graciosa por parte del Estado, sino de un derecho respecto del cual el titular puede exigir su protección y que, además, su protección trae consigo el bien -el desarrollo, la innovación- para todo el resto de la sociedad. El interés público adopta nuevas formas para incorporar los intereses de actores privados que exitosamente integran su agenda en la de los Estados. El respeto de las normas de propiedad intelectual a nivel global, mediante el establecimiento de estándares mínimos en el Acuerdo sobre los ADPIC no se trata ya simplemente de un modelo de negocios y desarrollo que puede ser cuestionado en el ámbito de las políticas públicas, sino de una cuestión de interés público y social, en la que están en juego auténticos derechos de aquellos “genios innovadores”.

Los piratas

Por su parte, en la discusión respecto la necesidad de reconocer y establecer medidas de protección y observancia efectivas para la propiedad intelectual, la metáfora dominante y más agresiva ha sido aquella que identifica el incumplimiento de las normas de propiedad intelectual como hechos de piratería. A la transformación semántica del privilegio al derecho, se le suma entonces la dicotomía significativa entre aquellos que reclaman la

protección de los frutos de su “trabajo duro” por un lado y los “piratas” que se aprovechan de este sin pagar el precio justo de la innovación, por el otro.

Sin perjuicio de que el uso de la metáfora de la piratería no es nuevo en las discusiones sobre propiedad intelectual²⁷, lo cierto es que fue el lobby de la industria farmacéutica el que la utilizó de manera más extensa, agresiva y exitosa durante la Ronda de Uruguay, denunciando a los países que permitían la copia de productos farmacéuticos como “refugios de piratas” (Weissman, 1996:1088).

Desde los años setenta las empresas estadounidenses acusaron principalmente a los países asiáticos de promover y dar refugio a centros de piratería de propiedad intelectual que afectaba la competitividad de los Estados Unidos, supuestamente en decadencia. Esta estrategia fue especialmente efectiva y se basó en prejuicios y ansiedades de las propias elites estadounidenses que se preguntaban sobre la seguridad económica futura de los Estados Unidos en un mundo donde las exitosas economías de los “tigres asiáticos” estaban al acecho (Drahoš y Braithwaite, 2002: 24).

En julio de 1982, en la previa de la Ronda de Uruguay, el entonces presidente de Pfizer Barry MacTaggart publicó una editorial en el New York Times titulada “Robando de la mente” (*Stealing from the mind*) en la que reclamaba que el conocimiento y los inventos de los estadounidenses estaban siendo robados por países extranjeros en los que no se respetaban sus derechos de propiedad intelectual. Los culpables de esta situación eran, entre otros, Brasil, Canadá, México, India, Taiwán y Corea del Sur, que habían desarrollado ordenamientos jurídicos que permitían que los inventos estadounidenses fueran legalmente apropiados por otros (citado en Drahoš y Braithwaite, 2002).

El evocador lenguaje de la piratería ponía el foco en las cualidades esencialmente negativas del incumplimiento de normas de propiedad intelectual, aun cuando durante la Ronda de Uruguay muchas de las actividades condenadas como “piratería” eran perfectamente legales bajo las normas nacionales e internacionales (Sell y Prakash 2004). No solo los países asiáticos o del “Tercer Mundo” eran etiquetados como “piratas”, sino que esta calificación alcanzaba también a una serie de países europeos como Italia, España, Grecia y Portugal. La mayoría de estos países tenían normas y prácticas que, de

²⁷ Ya en la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en el caso *Evans v. Eaton*, de 1822, se habla de piratas (SCOTUS, 1822)

un modo u otro, constituían transgresiones a las normas de propiedad intelectual establecidas internamente por los Estados Unidos (Drahos y Braithwaite, 2002).

Más allá de la capacidad o intención descriptiva, al término “piratería” se lo cargó de un contenido emocional que transformó un debate de políticas públicas y, por cierto, de los modelos de desarrollo de los Estados, en un “drama moral absolutista”: la piratería y el robo están mal y no hay espacio para una discusión de políticas públicas sobre los límites o beneficios de un hecho de estas características (Weissman, 1996). Las compañías estadounidenses fueron retratadas como innovadoras asediadas que enfrentan un futuro incierto en un mundo donde los países en desarrollo y sus empresas rapaces ignoraban las reglas fundamentales del juego limpio de los negocios (Drahos y Braithwaite, 2002: 70)

La asociación común de la piratería con una historia de delincuencia y salvajismo ha demostrado ser una herramienta retórica particularmente efectiva. Esta imagen elude la discusión en torno a los tediosos detalles legales relacionadas con cuestiones difíciles respecto de las cuales no hay acuerdo político (como la naturaleza de los derechos de propiedad, el alcance de las leyes nacionales, el contenido del derecho internacional, etc.). La piratería es, como advierten Drahos y Braithwaite, “un término vago pero poderoso, que ha demostrado ser útil para muchos, permitiendo a los actores alcanzar fines políticos que de otra manera estarían fuera de su alcance” (Drahos y Braithwaite, 2002: 24).

Sell y Prakash aducen también que enmarcar la discusión en estos términos retóricos tuvo, además, una “cualidad preventiva” en el debate en torno a los límites y alcances de la propiedad intelectual (Sell y Prakash, 2004). Ilustrar un problema complejo de políticas públicas como una confrontación entre inventores (que “trabajan duro”) y “piratas” (que les despojan ilegítimamente de su conocimiento), implicó reducir el espacio de discusión y maniobra de los actores intervinientes. Ya no hay el mismo espacio para una discusión política sobre los límites de los derechos de propiedad intelectual, ni mucho menos sobre los méritos de la piratería. El “derecho” a la propiedad intelectual se eleva por sobre la discusión política y no es factible transigir o conceder en favor de la posición de aquellos que realizan o defienden acciones de piratería, que simplemente están mal y deben ser combatidas (Weissman, 1996:1088-9).

Sin perjuicio de que se lo utiliza ampliamente tanto de forma peyorativa como reivindicatoria (recordemos *The Pirate Bay* o el “Partido Pirata Europeo”), el carácter metafórico de los “piratas de la propiedad intelectual” es claro. El término piratería en

este ámbito difícilmente es utilizado con precisión legal o con la intención de dar cuenta efectiva de una realidad, siendo claramente una herramienta retórica del lenguaje, por cierto, particularmente efectiva (Drahos y Braithwaite, 2002).

Esta esencia metafórica en el discurso se difumina, en cambio, cuando el uso no autorizado de propiedad intelectual se conceptualiza como un “robo” o, como lo llama la Interpol, *IP Crime*. Así, con un concepto mucho más concreto y terrenal, se relaciona el incumplimiento de las normas de propiedad intelectual directamente con la comisión de un delito. Al respecto, se ha advertido que el uso retórico generalizado del lenguaje de “robo” en el discurso de propiedad intelectual se emplea cada vez más para describir el uso no autorizado de la propiedad intelectual, de modo que sus significantes sociales se adhieran a actos tan diversos como, por ejemplo, una infracción de marca, el no respeto de una patente o la transferencia digital de un archivo musical o una película mediante una red entre pares (Loughlan (2008).

En este punto, al analizar los debates en torno a la regulación del derecho de autor en Reino Unido y la “piratería” de las partituras de obras musicales a fines del siglo XIX y comienzos del XX, Alexander (2007) ha destacado que, a pesar de sus diferencias con los debates actuales, mediadas principalmente por los cambios en la tecnología, es sorprendente la cantidad de paralelismos que se pueden trazar entre ambos períodos. En particular, las motivaciones de los actores involucrados y la retórica utilizada por los propietarios de los derechos de autor siguen siendo muy parecidas, recurriendo a la vinculación de la infracción del derecho de autor con el robo material de un bien físico, apelando a la noción común de “propiedad” (Alexander, 2007: 648).

Y este robo puede ser también sin un ánimo de lucro propiamente tal. La preocupación por actividades que infringen las normas de propiedad intelectual sin fines comerciales, sin el objetivo de generar beneficios económicos para quien realiza esa actividad, como compartir archivos por internet - de música, video, software o *papers* académicos-, no es un problema reciente y ligado únicamente al desarrollo tecnológico de internet. Ya a comienzos del siglo XX los defensores de la ampliación de los derechos de propiedad intelectual alertaban sobre la ilegalidad de toda copia no autorizada, para el uso que fuera. Tanto es así que Edward Cutler, uno de los impulsores de ley británica de derecho de autor en el 1900, explicaba que una forma muy común de infracción a las normas de propiedad intelectual de las partituras musicales es la que hacen las instituciones

educativas. Así, alertaba que “la compra por parte de un maestro de una copia de su canción favorita, protegida con derechos de autor, y la escritura, tanto de palabras como la música, en la pizarra para que los alumnos aprendan, o mediante diapositivas. Esta es, sin duda, una forma leve de la epidemia; la reproducción no está destinada a la venta y no se obtiene ningún beneficio real a costa del compositor o editor; pero, por otro lado, se las priva ilegalmente de la ganancia que se obtendría si toda la clase hubiera recibido copias compradas” (Cutler, 1905:37).

En este mismo sentido, por ejemplo, en la década de los ochenta la reproducción casera de obras protegidas también fue parte de un acalorado debate cuando se comenzaron a comercializar equipos de música con doble casetera, que permitían la grabación de cintas en blanco. En el Reino Unido incluso se buscó prohibir la comercialización de estos equipos, en tanto permitían que las personas realizaran copias caseras de obras protegidas con derecho de autor, sin mayores dificultades. En el caso “CBS Songs Ltd. v Amstrad Consumer Electronics Plc.” en 1988 la Cámara de los Lores rechazó un reclamo judicial en el que se exigía la ilegalidad de la venta de estos equipos, pero dejó en claro que ese tipo de grabaciones caseras eran, en efecto, ilegales. Allí explicó que “el comprador no hará copias ilegales porque Amstrad (el demandado) lo ha inducido, incitado o persuadido para que lo haga. El comprador hará copias ilegales para su propio uso porque él elige hacerlo” (Cámara de los Lores, 1988).

No respetar los derechos de los creadores, cristalizados en las normas de propiedad intelectual, está mal. Está mal si se las infringe para vender copias de esas obras para capturar un mercado, está mal si es para enseñar una obra musical en una escuela y está mal si quiero compartir un archivo protegido con mis amigos.

Pero no solo está mal moralmente, sino que también lo está jurídicamente y, en algunos casos, se trata incluso de un delito penal. Calificar una conducta determinada como “criminal” es un reclamo moral e ideológico que implica clasificar un comportamiento particular como un acto de aquellos que causan daño social, que lesiona a todos y exige una respuesta estatal. El acto en cuestión ya no es un asunto privado, ni una disputa que resolverán las partes directamente involucradas. Considerar que un acto es un delito es un reclamo de recursos públicos y supone que el Estado tiene una obligación agravada e ineludible de supervisar y hacer cumplir la ley que castiga esa conducta (Snider, 2002).

El evangelio antipirata

Al tiempo que este tipo de afirmaciones apuntan a interpelar y movilizar la respuesta ordinaria, casi instintiva, de las personas para rechazar al usuario no autorizado de las obras con copyright (Loughlan 2008), el discurso respecto del *IP Crime* también tiene efectos muy concretos en materia de políticas públicas de seguridad.

Aquellos interesados en la protección de los derechos de propiedad intelectual, aquellos que impulsan el “evangelio antipirata” (*anti-piracy gospel*) (Drahos y Braithwaite, 2002: 26), proyectan una lectura dramática sobre los efectos de la falta de cumplimiento de las normas de propiedad intelectual. Y así tiene que serlo.

Si lo que se pretende es que las autoridades públicas adopten medidas concretas para avanzar en una mayor observancia de las normas de propiedad intelectual, el diagnóstico no puede ser sino dramático. Especialmente en un ámbito como el de la propiedad intelectual en el que para la mayoría de las personas existe un abismo de diferencia entre actividades delictivas “en la vida real” que podrían merecer respuestas enérgicas del Estado y el destino de fondos públicos, como un homicidio, un robo armado o el tráfico de drogas, y aquellas que se podrían calificar como “crímenes de propiedad intelectual”, cuya capilaridad es muy distinta. Es que la piratería de la propiedad intelectual “no es un problema en la mente del público” (Drahos y Braithwaite, 2002). Descargar una película de internet, compartir un archivo de música, plantar una semilla con tecnología patentada o utilizar un software “*crackeado*”, no aparecen como hechos especialmente graves. Además, no se puede obviar que la imagen respecto de quién es la víctima en el crimen de propiedad intelectual también afecta en la percepción respecto de la gravedad de esas infracciones y el grado de empatía que genera. No es lo mismo cuando la víctima de un delito es una “persona de a pie”, que cuando el que reclama ser víctima de un “*IP Theft*” es un laboratorio farmacéutico trasnacional, un productor musical multimillonario o una de las cuatro empresas que se reparten el mercado global de semillas genéticamente modificadas.

Las campañas públicas de concientización, como aquellas a las que nos acostumbramos cuando alquilábamos películas en el videoclub antes del desembarco masivo del *streaming* de video, son, de acuerdo a Drahos y Braithwaite, “parte de un juego a largo plazo en el que los consumidores están siendo ‘reeducados’ sobre la gravedad de la piratería de propiedad intelectual” (Drahos y Braithwaite, 2002: 27).

Al igual que la piratería en alta mar, la piratería de propiedad intelectual es algo que es difícil de definir. Es un término polisémico que sirve para etiquetar y calificar muy distintas acciones. Sin perjuicio de las dificultades en dilucidar a qué se refiere exactamente, la piratería sigue siendo una poderosa palabra evaluativa y ser llamado pirata de la propiedad intelectual implica ser condenado (Drahos y Braithwaite, 2002).

Los límites de la protección de la propiedad intelectual no son fijos y se encuentran siempre sujetos a una discusión política, en la que la persuasión y la retórica tienen un efecto sustantivo. Las metáforas sobre la piratería o el robo funcionan de manera retórica para asociar un conjunto altamente negativo de asociaciones a un grupo de personas (los usuarios no autorizados de propiedad intelectual) cuyos intereses divergen de los de los propietarios y productores. Aunque estas metáforas negativas son dominantes en el discurso, vale advertir que su utilización no es unilateral: desde el otro “bando” las ideas también son usadas de forma estratégica, haciendo un uso retórico de metáforas como las relacionadas con el “acceso abierto”, los “bienes comunes” y, también, la “biopiratería” (Loughlan 2006:213, Sell y Prakash, 2004, Morin 2009).

En la discusión política, el lenguaje del “robo” o el “crimen” afecta la toma racional de decisiones sobre políticas públicas y previene la posibilidad de discutir dónde se encuentra el equilibrio socialmente óptimo entre la protección de los derechos de propiedad intelectual y otros bienes sociales. El discurso inflamatorio sobre el crimen de propiedad intelectual reduce un debate político que es difícil, con importantes consecuencias económicas y culturales, a un drama moral, crudo y simplista, en que de un lado están los buenos y trabajadores, y del otro, los piratas que se aprovechan del trabajo duro del resto (Loughlan, 2008). A pesar de los intentos de reducir el problema de la piratería a una simple oposición entre propietarios y ladrones, la discusión en torno a la extensión de la protección de la propiedad intelectual plantea cuestiones fundamentales para el desarrollo de las sociedades, sobre la expansión de estos derechos y la invasión del dominio público (Alexander, 2007: 655).

En este proceso del uso estratégico de las ideas en que las metáforas y la retórica cumplen un papel central, vimos cómo, a los argumentos que defienden la necesidad de normas más estrictas de observancia de las normas de propiedad intelectual referidos a los efectos positivos que traerían para el desarrollo y la innovación, se le agrega también una retórica sobre la seguridad.

Cómo, por un lado, se enfatiza la necesidad de robustecer la observancia de la propiedad intelectual para la protección de la salud pública, amenazada por el problema de las medicinas “falsificadas”, y, por otro, se vinculan estas actividades con el crimen organizado y el terrorismo internacional, exigiendo el compromiso de las fuerzas de seguridad de los Estados y actores como Interpol y Naciones Unidas.

Estimamos, así, que se pueden identificar procesos de securitización en lo que se caracterizó como la agenda de observancia de la propiedad intelectual, en que las infracciones de estas normas son elevadas a un estatus de problemas de seguridad internacional que exigen la adopción de medidas extraordinarias de protección y observancia.

REFLEXIONES FINALES

El proceso por el cual se ha ido construyendo el estado actual de la protección legal de lo que se conoce como propiedad intelectual no ha sido un proceso lineal y ha estado marcado por intereses concretos en contextos históricos determinados.

El Acuerdo sobre los ADPIC es expresión de un esfuerzo mancomunado de las corporaciones interesadas y países industrializados exportadores de propiedad intelectual, para globalizar un código normativo homogéneo y de alcance global para todo el resto del mundo, sin consideración de los especiales estadios de desarrollo económico e industrial. Los objetivos e intereses económicos de unos pocos cristalizaron en derecho internacional para todos a mediados de la década de los noventa.

Este Acuerdo de normas globalizadas no fue el techo de protección que se supuso, sino que ha pasado a constituir el piso a partir del cual las subsiguientes negociaciones continuaron. En éstas, la intención no ha sido revisar acuerdos previos para relajar la protección -en términos de relajar las posibilidades de exclusión- y favorecer políticas de transferencia de tecnología y difusión del conocimiento, sino para elevar los estándares de protección y observancia. Mayor exclusión y costo en el acceso al conocimiento es a lo que se ha apuntado. El trinquete pareciera ajustado hacia arriba de manera indefectible.

En este proceso maximalista, la "observancia", el cumplimiento efectivo y estricto de los estándares sustantivos, se ha ido constituyendo en un nuevo campo de acción. Aunque formalmente se apueste por el cumplimiento de las normas ya acordadas, lo cierto es que en muchas ocasiones estas iniciativas apuntan a extender las reglas, a correr las fronteras, a romper las barreras de contención alcanzadas en el Acuerdo sobre los ADPIC, de forma de torcer las flexibilidades y reducir los márgenes de maniobra que los países en desarrollo habían logrado alcanzar. Iniciativas entre países afines como el ACTA y el TPP (o actual CTPP) son ejemplos paradigmáticos de esta tendencia que busca alcanzar un nuevo "*gold standard*" de protección y observancia.

Desde los estudios de seguridad internacional se ha sugerido que las amenazas y los riesgos no son cuestiones dadas de antemano, sino que son el resultado de construcciones intersubjetivas, mediante procesos sociales. La securitización consiste en el establecimiento intersubjetivo de una cuestión determinada como una amenaza existencial para alguna otra cuestión. Estos procesos de securitización sustraen aquello

que es identificado como una amenaza de la política ordinaria, para llevarla a la arena de “la seguridad”. De esta forma se justifica la movilización y atención de autoridades y actores relevantes y el destino de recursos extraordinarios para su abordaje. Atención y recursos extraordinarios que de otra forma posiblemente no obtendrían en el ámbito de la política ordinaria.

En esta tesis se ha propuesto entender que en lo que se conoce como agenda u ofensiva de la observancia de las normas de propiedad intelectual se pueden identificar procesos de securitización. Estos procesos justifican la movilización de recursos públicos extraordinarios para combatir el “crimen de propiedad intelectual”, con una participación activa de agentes estatales, organismos internacionales y actores privados interesados.

En la ofensiva de la observancia se ha apostado, entre otras cuestiones, al temor.

Con el temor por las graves consecuencias que sobre la vida y salud de las personas pueden tener los medicamentos adulterados, se ha desviado la atención desde las soluciones de políticas públicas centradas en aspectos sanitarios y de control de calidad, para enfocarse en aspectos relacionados con el respeto de los derechos de patentes, siendo que nada tiene que ver esto con la calidad de los medicamentos.

Al mismo tiempo, la amenaza ubicua del crimen organizado y el terrorismo ha sido blandida como una justificación para el establecimiento de medidas más estrictas para controlar la venta y distribución de productos falsificados, pues estos grupos -y sus consecuencias- podrían estar consiguiendo financiamiento mediante la infracción de las normas de propiedad intelectual.

Estas estrategias han sido útiles en el esfuerzo más amplio destinado a reeducar a la sociedad y autoridades respecto de la gravedad de las infracciones a las normas de propiedad intelectual. Se apunta a terminar con la noción respecto de que estas infracciones constituyen cuestiones menores, que sólo afectan a las empresas titulares de derechos de propiedad intelectual. El “crimen de propiedad intelectual”, alegan, no es un hecho ilícito sin víctimas. A la hora de justificar la adopción de medidas reforzadas de observancia y el destino de recursos públicos escasos para la persecución de un hecho que a primera vista no aparece como prioritario, la vinculación de estas actividades con amenazas serias y reales a la vida y salud de las personas y a la seguridad de la sociedad

en su conjunto, opera como un catalizador de un discurso que aboga por mayores instrumentos de persecución.

Al instalar la observancia de la propiedad intelectual en el reino de la seguridad, los titulares de estos derechos y demás actores interesados, se encuentran en mucho mejor lugar para obtener concesiones y acciones del Estado para la defensa y protección de sus intereses comerciales que, en la arena de la política ordinaria, tendrían dificultad de conseguir.

De esta forma, se sortean las discusiones difíciles y se esconden los intereses, económicos y políticos. Toda una serie de consideraciones sobre la necesidad y proporcionalidad de las medidas de observancia frente a otros bienes públicos de valor, sus impactos en el desarrollo económico de los países, la salud pública y el acceso al conocimiento y la cultura, la evaluación de qué tipo de obligaciones tienen los Estados para con los titulares de derechos (y cuáles no), cuál es el grado óptimo de protección y observancia de estos derechos y hasta qué punto este sistema no hace más que acentuar las condiciones estructurales de desigualdad, quedan fuera de la discusión cuando se trata de un asunto de “seguridad”.

Tener en consideración estas cuestiones puede ayudar a desarmar algunos sentidos comunes construidos en las últimas décadas respecto del alcance y el halo de intangibilidad del que gozan los derechos de propiedad intelectual y preguntarnos sobre si son realmente necesarias mayores y más estrictas normas para la salvaguarda de estos intereses.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Abbot, Philip (2004) Terrorist Threat in the Tri-Border Area: Myth or Reality? *Military Review*, September - October 2004, 51-55.
2. Acquah, Daniel Opoku (2014) Balancing or Lobbying? On Access to Medicines, Border Measures and the European Parliament's Amendments to the Proposed EU Trademark Rules. *Journal of Intellectual Property Rights*, (19), November 2014, 404-412.
3. Acquah, Daniel Opoku (2017) Intellectual Property, Developing Countries and the Law and Policy of the European Union: Towards Postcolonial Control of Development. *Publications of IPR University Center 18*. Helsinki, 2017.
4. Alexander, Isabella (2007) Criminalising Copyright: A Story of Publishers, Pirates and Pieces of Eight, *Cambridge Law Journal*,66(3), November 2007, 625–656.
5. Alfer, Olga (2007) Proposal for a Directive on criminal measures aimed at ensuring the enforcement of intellectual property rights: efficient instrument or inadequate mechanism?, Tesis de Maestría, Faculty of Law, University of Lund, Suecia.
6. Andanda, Pamela (2016) Striking a Balance between Protecting Trademarks and Public Health Interests in Combating Trade in Counterfeit Medicines: Lessons from Kenya and South Africa. *Journal of African Law*, 60, (2) 312–338, SOAS, University of London.
7. Audiencia Nacional (2007) Sentencia número 65/2007 del 31 de octubre 2007. Sumario número 20/04 del Juzgado Central de Instrucción núm.6. Rollo de Sala núm. 5/05. Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Segunda.
8. Baker, Brook K. (2012) Settlement of India/EU WTO Dispute re Seizures of In-Transit Medicines: Why the Proposed EU Border Regulation Isn't Good Enough. *Program on Information Justice and Intellectual Property PIJIP*, Research Paper no. 2012-02, American University Washington College of Law, Washington, D.C.
9. Balzacq, Thierry (2005) The Three Faces of Securitization: Political Agency, Audience and Context. *European Journal of International Relations*, 2005, 11, 171-201.

10. BASCAP (2015a) *Roles and Responsibilities of Intermediaries: Fighting Counterfeiting and Piracy in the Supply Chain*. Paris.
11. BASCAP (2015b) *BASCAP 25 Best Practices for IPR Enforcement*. 24 de septiembre 2015.
12. BASCAP y Frontier Economics (2011) *Estimating the global economic and social impacts of counterfeiting and piracy* A Report Commissioned by Business Action to Stop Counterfeiting and Piracy (BASCAP). Londres.
13. BASCAP, INTA y Frontier Economics (2016) *The Economic Impacts of Counterfeiting and Piracy*. Report prepared for BASCAP and INTA.
14. Bigo, Didier (2006) Internal and External Aspects of Security. *European Security*, 15, no. 4 (Dec 2006) 385-404.
15. Blakeney, Michael (2003) The international protection of Industrial Property: From the Paris Convention to the TRIPS Agreement. *WIPO National Seminar on Intellectual Property*. Organized by the World Intellectual Property Organization (WIPO) in cooperation with the Cairo University, Arab Republic of Egypt. Cairo, February 17 to 19, 2003. WIPO/IP/CAI/1/03/2.
16. Bourbeau, Philippe (2011) *The Securitization of Migration A study of movement and order*. Security and Governance Series. Nueva York. Routledge.
17. Brancoli, Fernando (2019) Tales of Terror on the Triple Frontier, *NACLA Report on the Americas*, 51:1, 85-89, 2019.
18. Brant, Jennifer y Malpani, Rohit (2011) *Eye on the Ball: Medicine regulation - not IP enforcement - can best deliver quality medicine*. Oxfam, 2011.
19. Buzan B. y Waever, Ole (2009) Macrosecuritisation and security constellations: reconsidering scale in securitization theory. *Review of International Studies*, 35, 253-276.
20. Buzan, Barry; Waever, Ole y Wilde, Jaap de (1998) *Security: A New Framework for Analysis*. Lynne Rienner Publishers, Boulder, Colorado, 1998.
21. Cámara de los Lores, *CBS Songs Ltd. v Amstrad Consumer Electronics Plc*. 12 mayo de 1988, voto de Lord Templeman. Recuperado el 14 de diciembre de 2019 en <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1988/15.html>
22. Cancillería argentina (2006) *Comunicado Conjunto: V Reunión Plenaria del Mecanismo "3+1" sobre la seguridad en la Triple Frontera*. Información para la Prensa N°: 591/06, 6 diciembre de 2006. Recuperado el 14 de

diciembre de 2019 en
<https://cancilleria.gob.ar/es/actualidad/comunicados/comunicado-conjunto-y-reunion-plenaria-del-mecanismo-31-sobre-la-seguridad-en>

23. CEIPI (2004) *Impacts de la contrefaçon et de la piraterie en Europe. Rapport final*. Université Robert Schuman, Estrasburgo, Francia, julio 2004.
24. Cerda Silva, Alberto J. (2016) Evolución histórica del Derecho de Autor en América Latina, *Revista Ius et Praxis*, Año 22, N° 1, 2016, pp. 19-58.
25. Clinton, Hillary Rodham (2012) *Remarks at Techport Australia, Adelaide, South Australia*, 15 de noviembre de 2012. Recuperado el 14 de diciembre de 2019 en: <https://2009-2017.state.gov/secretary/20092013clinton/rm/2012/11/200565.htm>
26. CNN (2001) *CNN Newsnight Aaron Brown transcript*. 16 de noviembre 2001. Recuperado el 14 de diciembre de 2019 en <http://edition.cnn.com/TRANSCRIPTS/0111/16/asb.00.html>
27. Comisión Europea (2005a) Propuestas 2005/0127(COD) 2005/0128(CNS), Comunicación COM (2005) 276. *Proposal for a European Parliament and Council Directive on criminal measures aimed at ensuring the enforcement of intellectual property rights. Proposal for a Council Framework Decision to strengthen the criminal law framework to combat intellectual property offences*, 12 de julio 2005.
28. Comisión Europea (2005b) *Estrategia para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual en terceros países*. Comisión Europea, documento 2005/C129/03. 26 de mayo 2005.
29. Comisión Europea (2007) *European Commission seeks mandate to negotiate major new international anti-counterfeiting pact*. Press release IP/07/1573. Bruselas, 22 de octubre 2007
30. Comisión Europea (2014a) *Comercio, crecimiento y propiedad intelectual. Estrategia para mejorar la protección y la garantía de respeto de los derechos de propiedad intelectual en los terceros países*. Comisión Europea, documento COM (2014) 0389. 1 de julio 2014.
31. Comisión Europea (2014b) *Estimating displacement rates of copyrighted content in the EU*. Final Report Luxemburgo. Publications Office of the European Union, 2014

32. Comité DESC (2006) *Observación General Nro. 17* “Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto”, documento de Naciones Unidas E/C.12/GC/17.
33. Consejo Unión Europea (2003) *Reglamento CE 1383/2003 del Consejo de la Unión Europea, relativo a la intervención de las autoridades aduaneras en los casos de mercancías sospechosas de vulnerar determinados derechos de propiedad intelectual y a las medidas que deben tomarse respecto de las mercancías que vulneren esos derechos*, 22 de julio de 2003.
34. Correa, Carlos (2009a). The Push for Stronger Enforcement Rules: Implications for Developing Countries. En ICTSD (2009). *The Global Debate on the Enforcement of Intellectual Property Rights and Developing Countries, Programme on IPRs and Sustainable Development, Issue Paper No.22*, International Centre for Trade and Sustainable Development, Ginebra, Suiza.
35. Correa, Carlos (2009b) Enforcing border measures: importation of GMO soybean meal from Argentina. En: Xuan Li y Carlos M. Correa (eds.) *Intellectual Property Enforcement: International Perspectives*. Edward Elgar Publishing Limited, 2009.
36. Correa, Carlos (2012) Anti-counterfeiting: a Trojan horse for expanding intellectual property protection in developing countries? En: Geiger, Christophe (ed.) *Criminal Enforcement of Intellectual Property. A Handbook of Contemporary Research*. Edward Elgar Publishing Limited. UK.
37. Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica. *Evans v. Eaton*, 20 U.S. 7 Wheat. 356 356 (1822). Recuperado el 14 de diciembre de 2019 en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/20/356/>
38. Costa, Thomaz y Schulmeister, Gastón (2007) The Puzzle of the Iguazu Tri-Border Area: Many Questions and Few Answers Regarding Organised Crime and Terrorism Links, *Global Crime*, 8:1, 26-39, 2007.
39. Cutler, Edward (1905) *A Manual of Musical Copyright Law*, Simpkin, Marshall, Hamilton, Kent and Co. Ltd, Londres.
40. Dandurand, Yvon y Chin, Vivienne (2004) *Links Between Terrorism and other forms of Crime*. A report submitted to: Foreign Affairs Canada and The United Nations Office on Drugs and Crime. Diciembre 2004.

41. Drahos, Peter (1997) Thinking strategically about intellectual property rights, *Telecommunications Policy*, Vol. 21, No. 3, pp. 201-211, 1997.
42. Drahos, Peter (2003) Expanding Intellectual Property's Empire: The Role of FTAs. *GRAIN*, 30 de noviembre de 2003. Recuperado el 14 de diciembre de 2019 en <https://www.grain.org/article/entries/3614-expanding-intellectual-property-s-empire-the-role-of-ftas>
43. Drahos, Peter (2005) Developing Countries and International Intellectual Property Standard-setting, *The Journal of World Intellectual Property*, Study Paper 8, Commission on Intellectual Property Rights, noviembre 2005.
44. Drahos, Peter (2007) Four Lessons for Developing Countries from the Trade Negotiations Over Access to Medicines. *Liverpool Law Review*, 28 (1), 11-39.
45. Drahos, Peter y Braithwaite, John (2002) *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy?*, Earthscan, Londres, Reino Unido, 2002
46. Escudero, Sergio y Roffe, Pedro (2012) La Sección Especial 301 y Súper 301 de la Ley de Comercio de EE.UU.: la situación de los países de América Latina. *Puentes* Volumen 13, Número 4 -agosto 2012.
47. EUROPOL (2015) *Situation Report on Counterfeiting in the European Union*. A joint project between Europol and the Office for Harmonization in the Internal Market. Abril 2015.
48. EY y FICCI (2013) *Counterfeiting, piracy and smuggling: Growing threat to national security*. India, 2013
49. Figueroa, Juan Pablo (2011) *La obsesión de EE.UU. con las supuestas conexiones del terrorismo islámico en Chile*. Ciper, 15 de febrero 2011. Recuperado el 14 de diciembre de 2019 en <https://ciperchile.cl/2011/02/15/wikileaks-la-obsesion-de-estados-unidos-con-las-supuestas-conexiones-del-terrorismo-islamico-en-chile/>
50. Fink, Carsten (2009) Enforcing Intellectual Property Rights: an Economic Perspective. En ICTSD (2009) *The Global Debate on the Enforcement of Intellectual Property Rights and Developing Countries*, Programme on IPRs and Sustainable Development, Issue Paper No.22, International Centre for Trade and Sustainable Development, Ginebra, Suiza.
51. Forzley, Michele (2003) Counterfeit goods and the public's health and safety, *International Intellectual Property Institute Report*. 2003

52. Forzley, Michele (2006) *Combating counterfeit drugs: A concept paper for effective international cooperation*, World Health Organization. Background Paper, 2006.
53. Forzley, Michele (2012) *Counterfeit. Hard Goods and the Public's Health and Safety: A Study of Interventions*, 1 de septiembre de 2012
54. Fries, Mirka, Andrés López y Santiago Sánchez (2019) Monsanto's Legal Strategy in Argentina from a Human Rights Perspective. *Business and Human Rights Journal*, Volume 4, Issue 2, julio 2019, 357-363. Cambridge University Press, Reino Unido.
55. G8 (2007) *Growth and Responsibility in the World Economy*, Summit Declaration. 7 junio de 2007. Heiligendamm.
56. G8 (2008) *Summit Leaders Declaration*. 8 julio 2008. Hokkaido Toyako.
57. GAO (2010) *Observations on Efforts to Quantify the Economic Effects of Counterfeit and Pirated Goods*. United States Government Accountability Office. Report to Congressional Committees. Abril 2010.
58. Goldberg, Jeffrey (2002) *In the Party of God. Hezbollah sets up operations in South America and the United States*. New Yorker, 2002 Issue, 20 octubre. Recuperado el 14 de diciembre de 2019 en <https://www.newyorker.com/magazine/2002/10/28/in-the-party-of-god-2>
59. Gomez, Carole (2017) Contrefaçon et terrorisme: comprendre les mécanismes. *Revue internationale et stratégique* 2017/3 (N° 107), p. 32-4.
60. Gray, Alastair (2017) *How fake handbags fund terrorism and organized crime*. Ted Institute, noviembre 2017. Recuperado el 14 de diciembre de 2019 https://www.ted.com/talks/alastair_gray_how_fake_handbags_fund_terrorism_and_organized_crime
61. Grosse Ruse-Khan, Henning (2011) The International Law Relation Between TRIPS and Subsequent TRIPS-Plus Free Trade Agreements: Towards Safeguarding TRIPS Flexibilities? *Journal of Intellectual Property Law*, Volume 18, Spring 2011, Number 2, 2011,
62. Helfer, Laurence (2004) Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking. *Yale Journal of International Law*, Vol. 29, 1-83.

63. Hofmann, Jeanette (2012) Narratives of Copyright Enforcement: The Upward Ratchet and the Sleeping Giant. *Revue Française D'études Américaines*. N° 134, 2012.
64. Hudson, Rex (2003) *Terrorist and Organized Crime Groups in the Tri-Border Area (TBA) of South America*. A Report Prepared by the Federal Research Division, Library of Congress under an Interagency Agreement with the Crime and Narcotics Center Director of Central Intelligence. Julio de 2003.
65. Hutchinson, Asa (2003) Prepared Statement. *Intellectual Property Crimes: Are Proceeds from Counterfeited Goods Funding Terrorism?*, Audiencia ante el Comité de Relaciones Internacionales, Cámara de Representantes de los Estados Unidos de Norteamérica. 16 de julio de 2003.
66. Hyde, Henry J. (2003) Prepared Statement. *Intellectual Property Crimes: Are Proceeds from Counterfeited Goods Funding Terrorism?*, Audiencia ante el Comité de Relaciones Internacionales, Cámara de Representantes de los Estados Unidos de Norteamérica. 16 de julio de 2003.
67. IACC (2005) *The Negative Consequences of International Intellectual Property Theft: Economic Harm, Threats to the Public Health and Safety, and Links to Organized Crime and Terrorist Organizations*. International AntiCounterfeiting Coalition, Washington D.C., enero 2005.
68. IMPACT (2007) *Principles and Elements for National Legislation against Counterfeit Medical Products* Text endorsed by IMPACT General Meeting Lisbon, 12 December 2007
69. IMPACT (2010) *IMPACT: Frequently asked questions with answers*. Recuperado el 14 de diciembre de 2019 en <https://www.who.int/medicines/services/counterfeit/impact-faqwa.pdf>
70. Interpol (2000) *Resolución sobre Derechos de Propiedad Intelectual*, AGN/69/RES/6, Rodas, Grecia.
71. Interpol (2014) *Against Organized Crime*. Interpol Trafficking and Counterfeiting Casebook.
72. Kaminski, Margot (2009) Recent Development: The Origins and Potential Impact of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA), *Yale Journal of International Law*. Volume 34, Issue 1, 247-256.
73. Kenia High Court (2012) *PAO and 2 Others v Attorney General*. Sentencia del 20 de abril de 2012. Recuperado el 14 de diciembre de 2019

- en https://www.unodc.org/res/cld/case-law-doc/fraudulentmedicinecrimetype/ken/2012/p_a_o_2_others_vs_attorney_general.html/P.A.O_2_Others_vs_Atorney_General.pdf
74. Khor, Martin (2018) *The New CPTPP Trade Pact is Much Like the Old TPP*, IPS, 7 de marzo 2018. Recuperado el 14 de diciembre de 2019 en www.ipsnews.net/2018/03/the-new-cptpp-trade-pact-is-much-like-the-old-tpp/
 75. Leech, Dempster (1995) Prepared Statement. *S. 1136 A Bill to Control and Prevent Commercial Counterfeiting, and for other purposes*. Audiencia ante el Comité Judicial del Senado estadounidense, 10 de octubre 1995.
 76. Li, Xuan, (2009a) Ten general misconceptions about the enforcement of intellectual property rights, En: Xuan Li y Carlos M. Correa (eds.) *Intellectual Property Enforcement: International Perspectives*. Edward Elgar Publishing Limited, 2009
 77. Li, Xuan, (2009b) WCO SECURE: legal and economic assessments of the TRIPS-plus-plus IP enforcement, En: Xuan Li y Carlos M. Correa (eds.) *Intellectual Property Enforcement: International Perspectives*. Edward Elgar Publishing Limited, 2009
 78. Loughlan Patricia (2006) Pirates, Parasites, Reapers, Sowers, Fruits, Foxes... The Metaphors of Intellectual Property, *Sydney Law School Legal Studies Research Paper No. 06/01*, agosto 2006.
 79. Loughlan, Patricia (2008) "You Wouldn't Steal A Car..." Intellectual Property and the Language of Theft. *Sydney Law School Legal Studies Research Paper No. 08/35*, abril 2008
 80. Love, James P. (2007) Recent examples of the use of compulsory licenses on patents. *Knowledge Ecology International*, Research Note 2007:2.
 81. Machlup, Fritz y Penrose, Edith (1950) The Patent Controversy in the Nineteenth Century, *The Journal of Economic History*, Vol. X, N.1, mayo 1950, 1-29.
 82. Malcolm, John G. (2003) Prepared Statement. *International Copyright Piracy: A Growing Problem with Links to Organized Crime and Terrorism*. Audiencia ante el Subcomité de Tribunales, Internet y Propiedad Intelectual del Comité de la Judicatura. Cámara de Representantes de los Estados Unidos de Norteamérica. 13 de marzo de 2003

83. Matthews, Duncan (2012) Counterfeiting and public health. En: Geiger, Christophe (ed.) *Criminal Enforcement of Intellectual Property. A Handbook of Contemporary Research*. Edward Elgar Publishing Limited. Reino Unido.
84. May, Christopher y Sell, Susan (2006) *Intellectual Property Rights: A Critical History*. Lynne Rienner Publishers. Boulder, Colorado, 2006.
85. Mazer, Roslyn (2001) *From T-Shirts to Terrorism*. The Washington Post, 30 de septiembre de 2001. Recuperado el 14 de diciembre de 2019 en <https://www.washingtonpost.com/archive/opinions/2001/09/30/from-t-shirts-to-terrorism/012485c5-8c12-43c5-a7b3-14f2617e78b4/>
86. McManis, Charles (2009) The proposed Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA): Two Tales of a Treaty. *Houston Law Review*. Vol. 46, Issue 4, 2009, pp. 1235-1256
87. Michael, Gabriel (2010) ACTA, Fool: Explaining the Irrational Support for a New Institution. *Program on Information Justice and Intellectual Property PIJIP*, Research Paper no. 7. American University Washington College of Law, Washington, DC.
88. Millar, Kathleen (2002) *Financing Terror: Profits from counterfeit goods pay for attacks*. U.S. Customs Today, U.S. Customs, Office of Public Affairs, November 2002.
89. Ministerio Público Paraguay (2018) *Caso Assad Barakat: Fiscalía imputó por Producción Mediata de Documentos Públicos de Contenido Falso y solicitó su prisión preventiva*. 31 de agosto 2018. Recuperado el 14 de diciembre de 2019 en <https://www.ministeriopublico.gov.py/caso-assad-barakat-fiscalia-imputo-por-produccion-mediata-de-documentos-publicos-de-contenido-falso-y-solicito-su-prision-preventiva-n6717>
90. Miranda, Roberto (2018) Diplomacia de la Triple Frontera. La Participación Argentina. *Revista de la Facultad De Ciencias Económicas - UNNE*, Número 20, otoño 2018, pp. 27-53
91. Morin, Jean-Frédéric (2009) The Strategic Use of Ethical Arguments in International Patent Lawmaking. En: R. Gold and B.-M. Knoppers (Eds.) *Biotechnology IP and Bioethics*, Markham, Canadá, LexisNexis
92. Mullin, Thomas F. (2002) "Aids, Anthrax, And Compulsory Licensing: Has the United States Learned Anything? A Comment on Recent Decisions on The

- International Intellectual Property Rights of Pharmaceutical Patents," *ILSA Journal of International & Comparative Law*. Vol. 9: Issue 1, 185-209.
93. Muñoz, Viviana (2009) The Changing Global Governance of Intellectual Property Enforcement: A New Challenge for Developing Countries, En: Xuan Li y Carlos M. Correa (eds.) *Intellectual Property Enforcement: International Perspectives*. Edward Elgar Publishing Limited, 2009.
94. Nabot, Damián (2018) *Triple frontera: congelan bienes de una organización vinculada a Hezbollah*. La Nación, 13 de julio 2018. Recuperado el 14 de diciembre de 2019 en <https://www.lanacion.com.ar/politica/triple-frontera-congelan-bienes-de-una-organizacion-vinculada-a-hezbollah-nid2152501>
95. Naím, Moisés (2002) Five Wars of Globalization. *American University International Law Review*. 18, no. 1 (2002): 1-18.
96. New York Times (2007) *Counterfeit goods are linked to terror groups*. International Business, 12 de febrero de 2007. Recuperado el 14 de diciembre de 2019 en <https://www.nytimes.com/2007/02/12/business/worldbusiness/12iht-fake.4569452.html>
97. Noble, R. K. (2003) Links between infringements to intellectual property rights and terrorism financing. *Intellectual Property Crimes: Are Proceeds from Counterfeited Goods Funding Terrorism?*, Audiencia ante el Comité de Relaciones Internacionales, Cámara de Representantes de los Estados Unidos de Norteamérica. 16 de julio de 2003.
98. NU (2009) *Strengthening the United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Programme, in particular its technical cooperation capacity*. Resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2009. Documento A/RES/64/179, 18 de diciembre 2009.
99. OCDE (2008) *The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy*, OECD Publishing, Paris.
100. OCDE/UEIPO (2016) *Trade in Counterfeit and Pirated Goods. Mapping the Economic Impact*, OECD Publishing, Paris.
101. OMC (2009) *China - Medidas que afectan a la protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual*. Informe del Grupo Especial. WT/DS362/R 26 de enero de 2009.

102. OMPI (1988) *Existence, scope and form of generally internationally accepted and applied standards/norms for the protection of intellectual property*. Note prepared by the International Bureau of WIPO. Addendum. Documento MTN.GNG/NG11/W/24/Add.1, 15 junio 1988
103. OMS (2010) *Productos médicos de calidad subestándar, espurios, de etiquetado engañoso, falsificados o de imitación*. Decisión WHA63(10), 63ª Asamblea Mundial de la Salud, 21 de mayo de 2010.
104. OMS (2012) *Productos médicos de calidad subestándar, espurios, de etiquetado engañoso, falsificados o de imitación*. Resolución WHA65.19, 65ª Asamblea Mundial de la Salud, 26 de mayo de 2012.
105. OMS (2017) *Informe Mecanismo de Estados Miembros sobre productos médicos de calidad subestándar, espurios, de etiquetado engañoso, falsificados o de imitación*. Resolución A70/23, 70ª Asamblea Mundial de la Salud. 20 de marzo de 2017.
106. Osei-Tutu, J. Janewa (2013) Private Rights for The Public Good? *SMU Law Review*. Vol 66. 767-816.
107. Outtersson, Kevin y Smith, Ryan (2006) Counterfeit Drugs: The Good, The Bad and The Ugly. *Albany Law Journal of Science and Technology*, Vol. 15, 525-542.
108. Parlamento y Consejo Unión Europea (2004) *Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual*, 29 de abril de 2004.
109. Parlamento y Consejo Unión Europea (2013) *Reglamento 608/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, relativo a la vigilancia por parte de las autoridades aduaneras del respeto de los derechos de propiedad intelectual y por el que se deroga el Reglamento (CE) no1383/2003 del Consejo*, de 12 de junio de 2013.
110. PHM, People's Health Movement, Medact, Third World Network, Health Poverty Action, Medico International y ALAMES (2017) D6. Framing of health as a security issue. *En: Global Health Watch 5, An Alternative World Health Report*, Londres, Zed Book.
111. Piliu, Fabien (2015) *Quand la contrefaçon finance le terrorisme*, La Tribune, 18 noviembre 2015. Recuperado el 14 de diciembre de 2019 en

<https://www.latribune.fr/economie/france/pourquoi-il-faut-lutter-contre-la-contrefacon-519906.html>

112. Pinyosinwat, Jumpol (2007) Model of Intellectual Property Rights Enforcement for Developing Countries, *IIP Bulletin*, 19, 1-7.
113. PNUD (1994) *Nuevas dimensiones de la seguridad humana*, Informe sobre Desarrollo Humano, 1994, México, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo / Fondo de Cultura Económica.
114. Pollinger, Zachary (2008) Counterfeit Goods and Their Potential Financing of International Terrorism. *The Michigan Journal of Business*. Volume 1, Issue 1, enero, 2008, p. 85-102.
115. Port, Kenneth (2011) A Case Against the ACTA. *Legal Studies Research Paper Series*. The William Mitchell College of Law. Working Paper No. 2011-04.
116. Ramcharan, Robin (2013) *International Intellectual Property Law and Human Security*. Asser Press. Países Bajos. 2013
117. RAND (2009) *Film Piracy, Organized Crime, and Terrorism*. Published by the RAND Corporation. 2009.
118. Reda, Julia, (2017) *What the Commission found out about copyright infringement but 'forgot' to tell us*, 20 de septiembre 2017. Recuperado el 14 de diciembre de 2019 en <https://juliareda.eu/2017/09/secret-copyright-infringement-study/>
119. Rens, Andrew, (2011) Collateral Damage: The Impact of ACTA and the Enforcement Agenda on the World's Poorest People. *American University International Law Review*. 26 no. 3, 783-809.
120. Roudaut, Mickaël (2012) From sweatshops to organized crime: the new face of counterfeiting. En Geiger, Christophe (ed.) *Criminal Enforcement of Intellectual Property. A Handbook of Contemporary Research*. Edward Elgar, Cheltenham, Reino Unido.
121. SCOTUS (1822), *Evans v. Eaton*. Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica 20 U.S. (7 Wheat.) 356. Recuperado el 14 de diciembre de 2019 en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/20/356/>
122. Sell, Susan (1999) Multinational Corporations as Agents of Change: The Globalization of Intellectual Property Rights. En Cutler, Claire, Haufler,

- Virginia y Porter, Tony (eds.), *Private Authority and International Affairs*. State University of New York, Nueva York, 1999.
123. Sell, Susan (2003) *Private Power, Public Law. The Globalization of Intellectual Property Rights*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2003.
124. Sell, Susan (2004) *Intellectual Property and Public Policy in Historical Perspective: Contestation and Settlement*. Loyola of Los Angeles Law Review, Vol 38, 267-322.
125. Sell, Susan (2010) The Global IP Upward Ratchet Anti-Counterfeiting and Piracy Enforcement Efforts: The State of Play. *Program on Information Justice and Intellectual Property PIJIP*, Research Paper No. 2010-15. American University Washington College of Law, Washington, DC.
126. Sell, Susan (2011) TRIPS Was Never Enough: Vertical Forum Shifting, FTAs, ACTA, and TPP. *Journal of Intellectual Property Law*. Vol.18, 447-478.
127. Sell, Susan y Prakash, Aseem (2004) Using Ideas Strategically: The Contest Between Business and NGO Networks in Intellectual Property Rights. *International Studies Quarterly*, Vol. 48, 143–175.
128. Shashikant S. y Gopakumar K.M. (2010), *Unpacking the Issue of Counterfeit Medicines*, Third World Network. Penang, Malaysia.
129. Snider, Lauren (2002) Theft of Time: Disciplining through Science and Law. *Osgoode Hall Law Journal*. Vol. 40, 1, 89-112.
130. Stern, Willy (1996) *Why Counterfeit Goods May Kill*. Bloomberg. 2 de septiembre 1996. Recuperado el 14 de diciembre de 2019 en <https://www.bloomberg.com/news/articles/1996-09-02/why-counterfeit-goods-may-kill>
131. Seuba, Xavier (2017) *The Global Regime for the Enforcement of Intellectual Property Rights*, Cambridge University Press, 2017.
132. Sullivan, Brandon, Steven Chermak, Jeremy Wilson y Joshua Freilich, (2014) The nexus between terrorism and product counterfeiting in the United States. *Global Crime*, Vol. 15, 3–4, 357–378.
133. Sullivan, Brandon, Jeremy Wilson y Rodney Kinghorn (2017) Illicit trade in counterfeit products: an examination of the opportunity– risk connection. En Chaudhry, Peggy (ed.) *Handbook of Research on Counterfeiting and Illicit Trade*. Edward Elgar, Cheltenham, Reino Unido.

134. Tekeste, Ermias y Muñoz, Viviana (2008) The Changing Structure and Governance of Intellectual Property Enforcement. *South Centre Research Papers* N° 15, enero 2008.
135. TJUE (2010) *Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de julio de 2010*. Petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank's-Gravenhage, Países Bajos. Monsanto Technology LLC/Cefetra BV, Cefetra Feed Service BV, Cefetra Futures BV, Alfred C. Toepfer International GmbH. Asunto C-428/08.
136. TJUE (2011) *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 1 de diciembre de 2011*. Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen, Bélgica y la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division), Reino Unido. Koninklijke Philips Electronics NV/Lucheng Meijing Industrial Company Ltd, Far East Sourcing Ltd, Röhlig Hong Kong Ltd, Röhlig Belgium NV (C-446/09), Nokia Corporation/ Her Majesty's Commissioners of Revenue and Customs (C-495/09). Asuntos acumulados C-446/09 y C-495/09.
137. Tokatlian, Juan Gabriel (2017) *El delicado papel de la Argentina*. La Nación, 6 de noviembre 2017. Recuperado el 14 de diciembre de 2019 en <https://www.lanacion.com.ar/opinion/el-delicado-papel-de-la-argentina-nid2079642>
138. Tokatlian, Juan Gabriel (2018) *Triple Frontera: reacomodo geopolítico*. Clarín, 12 de marzo 2018. Recuperado el 14 de diciembre de 2019 en https://www.clarin.com/opinion/triple-frontera-reacomodo-geopolitico_0_HJine4vuM.html
139. Tomás, Aurelio (2014). *Joe Napoli, ex jefe militar de la embajada de EE.UU. "La amenaza terrorista en la Triple Frontera no es tan fuerte como creíamos"*. Perfil, 23 noviembre, 2014. Recuperado el 14 de diciembre de 2019 en <https://www.perfil.com/noticias/politica/La-amenaza-terrorista-en-la-Triple-Frontera-no-es-tan-fuerte-como-creiamos-20141123-0037.phtml>
140. Trainer, Timothy (2003) International/Global Intellectual Property Theft: Links to Terrorism and Terrorist Organizations. *Intellectual Property Crimes: Are Proceeds from Counterfeited Goods Funding Terrorism?*, Audiencia ante el Comité de Relaciones Internacionales, Cámara de Representantes de los Estados Unidos de Norteamérica. 16 de julio de 2003.

141. Trombetta, Antonio G. (2015) Negotiating for Argentina. En: Watal, Jayashree y Taubman, Antony (eds.) *The Making of the TRIPS Agreement. Personal insights from the Uruguay Round negotiations*. OMC, Ginebra, Suiza, 2015.
142. Trump, Donald (2018) *Statement by the President Regarding Trade with China*. White House, 15 de junio 2018. Recuperado el 14 de diciembre de 2019 en <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/statement-president-regarding-trade-china/>
143. UE (2018) *Action Fiche for IP Key Latin America*. Recuperado el 14 de diciembre de 2019 en https://ipkey.eu/sites/default/files/ipkey-docs/2019/ANNEX-11_IPKey-LatinAmerica.pdf
144. UNCTAD/UNIDO (2016) *TRIPS Flexibilities and Anti-Counterfeit Legislation in Kenya and the East African Community: Implications for Generic Producer*. United Nations, Nueva York y Ginebra, 2016.
145. UNCTOC (2012) *The notion of serious crime in the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*. Note by the Secretariat, Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime. Documento CTOC/COP/2012/CRP.4, 20 septiembre 2012
146. UNICRI (2011) *Counterfeiting. A global spread. A global threat*. 2011 Edition. Advanced Unedited Edition. Turin, Italia, 2011.
147. UNIFAB (2003) *Counterfeiting & Organised Crime*. Paris, 2003.
148. UNIFAB (2016) *Counterfeiting & Terrorism*. Paris, 2016.
149. UNODC (2014) *The Illicit Trafficking of Counterfeit Goods and Transnational Organized Crime*.
150. US Chamber of Commerce (2007) *The State of American Business 2007*. Washington, DC.
151. US House of Representatives (1995a) *Combating domestic terrorism*. Audiencia ante el Subcomité de Crimen del Comité Judicial, Cámara de Representantes de los Estados Unidos de Norteamérica, 3 de mayo 1995.
152. US House of Representatives (1995b) *International Terrorism. Threats and Responses. H.R. 1710. Comprehensive Antiterrorism Act*. Audiencias ante el Comité Judicial, Cámara de Representantes de los Estados Unidos de Norteamérica, 6 de abril, 12 y 13 de junio 1995.

153. US State Department (2001) *Patterns of Global Terrorism 2000 Report*. 30 de abril 2001.
154. US State Department (2002) *Patterns of Global Terrorism 2001 Report*. Mayo 2002
155. US State Department (2005) *Country Reports on Terrorism. 2004 Report*. 27 abril 2005
156. US State Department (2009) *Country Reports on Terrorism. 2008 Report*. Abril 2009.
157. US State Department (2019) *Country Reports on Terrorism 2018 Report*. Octubre 2019
158. USTR (2008) *Trade Facts. Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)*, 4 de Agosto de 2008. Recuperado el 14 de diciembre de 2019 en https://ustr.gov/archive/assets/Document_Library/Fact_Sheets/2008/asset_upload_file760_15084.pdf
159. USTR (2016) *2016 Special 301 Report*. Office of the United States Trade Representative. Abril 2016
160. Verdes-Montenegro, F. J. (2015) Securitización: agendas de investigación abiertas para el estudio de la seguridad, *Relaciones Internacionales*, N° 29, 133-153.
161. Wæver, Ole (1989) Security, the Speech Act: Analyzing the Politics of a Word, *Working Paper 19*. Copenhagen: Center for Peace and Conflict Research.
162. Wæver, Ole (1995) Securitization and Desecuritization, En Ronnie D. Lipschutz(ed.) *On Security*. Columbia University Press. Nueva York.
163. Wall y Large, (2010) Jailhouse Frocks. Locating the Public Interest in Policing Counterfeit Luxury Fashion Goods. *British Journal of Criminology*, Oxford University Press, 1-23.
164. Weissman, Robert (1996) A Long, Strange TRIPS: The Pharmaceutical Industry Drive to Harmonize Global Intellectual Property Rules, and the Remaining WTO Legal Alternatives Available to Third World Countries. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*. Vol 17:1069–1125.
165. WikiLeaks (2007). US Brasilia Embassy, *Brazil's Foreign Ministry Disses and Dismisses Three Plus One Mechanism*, Cable 07BRASILIA1664_a, 31

- de Agosto de 2007. Recuperado el 14 de diciembre de 2019 en https://wikileaks.org/plusd/cables/07BRASILIA1664_a.html
166. WikiLeaks (2009) US Brasilia Embassy, *Counterterrorism in Brazil: Making The 3 Plus 1 Work*, Cable 09BRASILIA156_a, 6 de febrero 2009. Recuperado el 14 de diciembre de 2019 en https://wikileaks.org/plusd/cables/09BRASILIA156_a.html
167. Zaccato, Carolina (2018) El TPP-11: Oportunidades y desafíos para el regionalismo sudamericano. Perspectivas, *Revista de Ciencias Sociales* Año3. No.5, 192-205.