

SECCIÓN 2. LA ECONOMÍA DEL *COPYRIGHT* GLOBAL: EL FLUJO NETO DE CAPITAL DE LA PERIFERIA GLOBAL HACIA EL CENTRO

2.1 Introducción

El sistema capitalista mundial está ingresando actualmente a una fase, cuyos rasgos más prematuros ya habían comenzado a aflorar a finales de los años 70, "caracterizados por el ascenso de la información y sus tecnologías asociadas a la primera división de los recursos y mercancías clave. La información es una nueva forma de capital".⁴⁹ En esta nueva época, la información y el conocimiento ya no están disponibles a partir de lo que John Frow ha denominado el anterior "conjunto interconectado de sistemas de 'bibliotecas' abiertas con requisitos mínimos de ingreso" sino que realmente están "manejadas dentro de un sistema de propiedad privada donde el acceso es regulado por el pago de un alquiler".⁵⁰

Puesto que los países pobres necesitan acceder a la información patentada para la transferencia de tecnología y acceder a la información con *copyright* o derecho de autor para la educación y producción cultural, el sistema de propiedad intelectual (PI) establecido después de concluir la Ronda de Uruguay en 1994, del ahora reemplazado Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT, según sus siglas en inglés), puede ser visto como un intento para congelar la división internacional del trabajo. Los países pobres poseen pocas patentes y producen escaso conocimiento local. Son importadores netos de 'capital de información' a escala masiva. Por lo tanto, el propósito del régimen mundial de la PI que está en proceso de consolidarse es asegurar que los exportadores netos – los países del Norte industrializado – continúen ampliando el control sobre ese capital por medio del ejercicio de rentas monopólicas para así evitar cualquier otra acumulación potencialmente competitiva.

Hay una máxima frecuentemente citada en la literatura sobre el desarrollo en la que se afirma que si le das un pescado a la gente pobre, comerán por un día, pero si les enseñas a pescar, los alimentarán por toda la vida.⁵¹ Sin embargo, en nuestros tiempos, en la época de los plazos prolongados del *copyright*, del patentamiento de formas de vida y de los métodos comerciales, se hace necesaria una advertencia: los alimentas por toda la vida, con tal que puedan costear los derechos de licencia por lo que probablemente sería una tecnología de pesca patentada.

Para citar un ejemplo concreto, las industrias de EE UU, incluyendo la industria del entretenimiento, parecen tener resultados extremadamente buenos y es lógico que deseen asegurar su propia rentabilidad. Pero también han tenido éxito al aprovechar el gobierno estadounidense y su política exterior para ponerla al servicio de una reafirmación amplia y agresiva del 'derecho' corporativo a patentar o proteger con *copyright* cualquier idea que pudiera ser explotada comercialmente, incluyendo plantas, animales y otras formas de vida. Estados Unidos ha intentado sistemáticamente fortalecer el Acuerdo global sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC, o TRIPS según sus siglas en inglés), presentado al final de la Ronda de Uruguay del GATT, en 1994. La verdad

⁴⁹ G. Locksley, 'Information technology and capitalist development' ('Tecnología de la información y desarrollo capitalista') *Capital and Class* N° 27 (1986), p. 91, citado por J. Frow, 'Information as gift and commodity' (Información como regalo y mercancía) *New Left Review* N° 219 (1996), p. 89.

⁵⁰ Frow, *Information...*, p. 89.

⁵¹ Apparently es un proverbio chino que ha sido atribuido en ocasiones a Kung Fu-tse (Confucio).

es que todos los derechos de PI están relacionados con el comercio y por lo tanto, todas las formas de contenido están amenazadas. En efecto, 'el gobierno de EE UU ha hecho que el cumplimiento riguroso de los derechos de propiedad intelectual sea una máxima prioridad de su política exterior', mientras intenta utilizar organizaciones internacionales tales como la OMC y la OMPI para imponer la armonización de las reglas locales de la PI según los estándares de EE UU.⁵² El gobierno de ese país puede llevar a cabo esta agenda porque en la era de la globalización, el capital internacional es mucho más 'libre de buscar beneficios donde lo desee y en las condiciones que pueda imponer'.⁵³ Si esos foros internacionales no lograran alcanzar un acuerdo debido a la resistencia de los países en vías de desarrollo en defensa de sus propios intereses, Estados Unidos recurriría, como lo hace habitualmente, a negociar una serie de tratados de libre comercio (TLC) bilaterales que incorporen los elementos dominantes de los ADPIC o de ADPIC-plus, tales como lapsos prolongados de *copyright*, medidas antielusión, entre otros.

Sin embargo, hay ciertas contradicciones. ¿Cuáles son los resultados reales de las industrias de contenido de los países del Norte, especialmente las estadounidenses? A largo plazo, las predicciones seguras señalan que ellas serán los componentes dominantes de la economía global en el futuro inmediato, tal como hemos visto anteriormente. Sin embargo, también ha habido muchas afirmaciones disparatadas sobre presuntas pérdidas, atribuidas sobre todo a la aplicación insuficientemente severa de la legislación en materia de PI y que, según la opinión de esos sectores, no están relacionadas con problemas en su capacidad de adaptarse a nuevos escenarios o tecnologías. Es un hecho, sin lugar a dudas, que la industria de la grabación musical (que a pesar de la retórica no es lo mismo que la industria musical) ha estado experimentando un descenso, con una caída de 7,2% en las ventas globales de grabaciones en 2002. De allí, los analistas han extrapolado hipotéticamente 'ventas perdidas' por un monto cercano a los 4.700 millones de dólares estadounidenses (USD) en 2008 y han atribuido esto principalmente al intercambio de archivos por medio de Internet y a otras formas de 'piratería'.⁵⁴ Como Stan Liebowitz y otros han demostrado convincentemente, el problema es que resulta imposible cuantificar la relación exacta entre el copiado no-autorizado y la hipotética conducta compradora del copiadador, tanto en el caso del intercambio de archivos, como en el de versiones baratas de CD o videos 'piratas' chinos o mexicanos. En cualquier caso es muy probable que la industria de la grabación musical estuviera deprimida.⁵⁵

Aunque es difícil recopilar e interpretar datos confiables acerca de los flujos de capital relacionados con el comercio de la propiedad intelectual, el Grupo de Investigación Copia Sur cree que es altamente probable que, en la actualidad, 'exista un flujo de capital neto desde la periferia global hacia el centro en forma de derechos y pagos de regalías por concepto de PI'. Está claro que esta propuesta es *ampliamente* defendible. Dicho flujo sería completamente coincidente con una balanza comercial y de pagos negativa entre la periferia y el centro en otro tipo de mercancías. Sin embargo, lo que queremos es ver si es posible cuantificar esto en casos específicos, tales como el papel desempeñado por las organizaciones de derechos de reproducción (RRO, por sus siglas en inglés), en aquellos países que tienen ese tipo de organismos.

⁵² Kristin Dawkins, 'Intellectual property rights and the privatization of life' (Derechos de propiedad intelectual y la privatización de la vida), *Foreign Policy in Focus* Vol. 4, N° 4 (Enero 1999).

⁵³ Leys, op. cit., p. vi.

⁵⁴ Dan Milmo, 'Piracy costs will double in five years' (Los costos por piratería se duplicarán en cinco años), *The Guardian*, Londres, 23 de septiembre de 2003, disponible en: <http://www.guardian.co.uk/print/0,3858,4759205-111163,00.html>

⁵⁵ Stan Liebowitz, 'Policing pirates in the networked age' (Vigilando a los piratas en la era interconectada), *Policy Analysis* N° 438, 15 de mayo de 2002, especialmente pp. 11 y ss. Disponible en <http://www.cato.org/pubs/pas/pa438.pdf> (consultado el 24 de septiembre de 2003).

2.2 Cálculo de los flujos de capital relacionados con el *copyright*, desde la periferia global hacia el centro

Si se aplica un cierto grado de ingenio, es posible contestar, por lo menos referencialmente, la pregunta de si hay un flujo neto del capital desde la periferia global hacia el centro en cuanto a bienes y servicios relacionados con el derecho de autor o *copyright* (como son los derechos de licencias, regalías). Además, sabemos que hay un desequilibrio comercial general entre el Norte y el Sur, aparte de los flujos de capital relacionados con la deuda. Hay pocas razones para suponer que las cosas serían diferentes en áreas tan cruciales como las industrias de la PI, particularmente cuando consideramos la especial importancia que EE UU le atribuye a la firma de acuerdos sobre los ADPIC, bilateralmente si fuera necesario, con sus socios comerciales. De hecho, comentaristas y analistas, desde Daniel Bell en los años 70, pasando por Manuel Castells en los 90, hasta los divulgadores actuales como John Howkins, han convenido en señalar que "la economía creativa será la forma económica dominante en el siglo XXI".⁵⁶

Hay estadísticas disponibles en cuanto al comercio mundial de bienes culturales. Asimismo, el movimiento organizado 'antipiratería' también hace reclamos cuantificados de pérdidas debidas al copiado ilegal (o al menos no-autorizado) de la propiedad intelectual. Dichas pérdidas, aunque bien pueden ser exageradas, indican que los titulares creen, probablemente con buenas razones, que hay un gran mercado para los bienes culturales a nivel global. Sin embargo, los problemas surgen al tratar de detallar esta información, o al desglosar los datos en categorías específicas. Tenemos claro que los estudios de los resultados de determinados países, o por sectores particulares, cuando fuere factible, serían extremadamente útiles para determinar que el sistema global de PI le cuesta a los países pobres mucho más de lo que los beneficia, al menos en términos comerciales. Por lo tanto, esta sección está dividida en dos subsecciones, una sobre el comercio mundial de bienes culturales, definida de una manera muy amplia y otra sobre los posibles usos que pudiera tener en este debate lo que se ha denominado estadísticas 'antipiratería'.

El comercio mundial de bienes culturales

En el 2000, un informe oficial de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) se refirió a una "grave carencia de indicadores básicos tanto cuantitativos como cualitativos" respecto a la relación entre cultura y desarrollo. Los autores de ese informe intentaron cuantificar el comercio mundial de bienes culturales, con la advertencia de que el verdadero valor de dichos bienes a menudo supera con creces su "valor declarado en aduanas". Así, una copia de una película puede tener un valor particular *como artefacto*, pero su capacidad de generar ganancias cuando es exhibida en los cines de un país puede ser exponencialmente mayor. Los datos de la UNESCO muestran que la capacidad de muchos países pequeños y en vías de desarrollo de exportar bienes culturales "parece haber disminuido" en el período de los años 80 y 90, y el Grupo de Investigación Cópia Sur no tiene razones para suponer que esa tendencia se haya revertido. De hecho, el mismo informe de la UNESCO tiende a señalar que "la circulación del comercio de bienes culturales está desequilibrada e inclinada, en gran medida, hacia una sola dirección, con pocos productores y muchos compradores. Hay grandes disparidades estructurales tanto dentro de los diferentes bloques comerciales regionales como entre ellos".⁵⁷

⁵⁶ Véase Daniel Bell, *The coming of post-industrial society: a venture in social forecasting* (La llegada de la sociedad post-industrial: una incursión en el pronóstico social), (New York: Basic Books, 1973); Manuel Castells, *The information age: economy, society and culture* (La era de la información: economía, sociedad y cultura), (Oxford: Blackwell, 1996-1998), 3 Vol.

⁵⁷ Phillip Ramsdale, *International flows of selected cultural goods* (Circulación internacional de bienes culturales seleccionados), 1980-1998 (París: UNESCO, 2000), p.v. Los bienes culturales están definidos por el Marco de Referencia de la UNESCO para Estadísticas Culturales (FCS, según sus siglas en inglés) incluyendo impresos y literatura (FCS 1); música (FCS 2); artes visuales (FCS 4); cine y fotografía (FCS 5), radio y TV (FCS 6); y juegos y artículos deportivos (FCS 8).

Aquí surgen varios puntos fundamentales. En primer lugar, éste es un sector que muestra un rápido crecimiento. Las importaciones mundiales de bienes culturales, medidas en dólares, casi se han quintuplicado a lo largo del último cuarto de siglo, al pasar de un monto de USD 47.800 millones en 1980 a 213.700 millones en 1998. Sin embargo, como *proporción* total del comercio mundial, las mercancías culturales han permanecido estables, al pasar solamente de 2,5 a 2,8 por ciento. En segundo lugar, hay un elemento mucho más significativo, los países en vías de desarrollo representaron 87 por ciento de todas las importaciones de bienes culturales en 1980 y 78 por ciento en 1998. El valor de estas importaciones saltó de USD 5.500 millones en 1980 a la asombrosa cifra de USD 57.000 millones en 1998, un aumento de diez veces.

Estados Unidos sigue siendo el principal productor y consumidor de bienes culturales, tal como lo resalta el informe de la UNESCO. En otro informe titulado *Las industrias del copyright en la economía de EE UU*, Stephen Siwek ha intentado cuantificar la importancia de este sector según tres indicadores principales: el valor agregado al Producto Interno Bruto (PIB), la proporción de empleo nacional y finalmente las ventas en el extranjero.⁵⁸

Si examinamos el valor de las exportaciones de EE UU en categorías de bienes culturales como CD y cintas grabadas, películas y programas de televisión, programas informáticos e impresos (libros, periódicos y revistas), está claro que este es un sector extremadamente importante para el bienestar de la economía de EE UU.

	1991	2001
Programas informáticos	USD 19.650 millones	USD 60.740 millones
Películas	USD 7.020 millones	USD 14.690 millones
Grabaciones y cintas	n/d	USD 9.510 millones
Materiales impresos	n/d	n/d
Total	USD 36.190 millones	USD 88.970 millones

Fuente: Siwek, p. 3-4

De hecho, ya desde comienzos de los años 90, el valor de las exportaciones de los productos con derecho de autor o *copyright* de EE UU al resto del mundo (que incluye los libros, pero que son principalmente artículos recreativos tales como películas, música y programas de televisión) superó el total combinado de las exportaciones por concepto de prendas de vestir, productos químicos, automóviles, computadoras y aviones. En 1997, el valor de todos estos productos fue de USD 414.000 millones, según una cifra que se ha difundido en muchas oportunidades.⁵⁹ Las industrias principales basadas en el *copyright* abarcan a "todas las industrias que crean *copyright* u obras relacionadas que sean su producto primario: publicidad, *software* de computadora, diseño, fotografía, cine, vídeo, artes escénicas, música (impresa, grabada y ejecutada), industria editorial, radio, televisión y videojuegos".⁶⁰ Esta lista ni siquiera llega a cubrir el valor económico de las patentes y las marcas registradas, el cual es considerable.

⁵⁸ Stephen E. Siwek, *Copyright industries in the US economy: the 2002 report* (Las industrias del *copyright* en la economía de EE UU: el informe de 2002), (Economists Incorporated for IIPA, 2002).

⁵⁹ Howkins, loc. cit.

⁶⁰ Howkins, op. cit., p. xii-xiii.

Usando datos de fuentes 'antipiratería'

Con miras a elaborar la argumentación política para la expansión y extensión de los derechos de propiedad intelectual y para su aplicación cada vez más severa, las mismas industrias del derecho de autor o *copyright* frecuentemente intentan demostrar cómo la 'piratería' y otras actividades han perjudicado sus intereses, y en consecuencia, los intereses de los países cuyas economías atienden. Es así como se divulgan en notas de prensa cifras, que no han sido verificadas, sobre pérdidas ocasionadas por la 'piratería' que adquieren gradualmente una autenticidad probablemente injustificada. El problema, tal como ha mostrado la investigación de Stan Liebowitz y otros, es que no hay una manera lógicamente coherente de demostrar la relación, digamos, entre un número específico de descargas ilegales de música en Internet y la pérdida real de ventas de grabaciones de CD específicas.⁶¹

Chomsky se refiere a la fuga de capitales

Noam Chomsky puede no estar lejos de la verdad cuando señala que las compañías estadounidenses esperan ganar USD 61.000 millones al año en el Tercer Mundo por derechos de propiedad intelectual, 'a un costo para el Sur que minimizará el inmenso flujo actual de servicios de la deuda desde el Sur hacia el Norte'. Ese es un cálculo realizado al principio de los años noventa. Diez años después, en 2003, esa cantidad de dinero será considerablemente mayor, más aún cuando se incluyen en el cálculo otras compañías occidentales titulares de derechos. Una parte de esta cifra incluye (junto a las patentes y las marcas) el *copyright* sobre 'productos' culturales. Sin embargo, es difícil calcular el monto que alcanza debido a las enormes diferencias entre las estadísticas comerciales de los diferentes países. Uno pudiera asumir que el dinero que los países pobres deben pagar por regalías de derecho de autor se está incrementando, en parte porque los países del Sur y los del Este sienten las presiones provenientes de Occidente para combatir la piratería. Esto implica un desagüe de los ya escasos recursos de sus fuerzas policiales. Además, con sus productos de esparcimiento y otros productos culturales, los conglomerados culturales transnacionales penetran esos países más efectivamente. En consecuencia, los países del Sur deben transferir las muy escasas divisas que tienen hacia las industrias culturales de Occidente y del Japón.

Fuente: Noam Chomsky, 'Notes on NAFTA' ('Notas sobre el NAFTA' Tratado de Libre Comercio de Norteamérica), en Kristin Dawkins 1993, NAFTA. New Rules of Corporate Conquest (Nuevas reglas de conquista corporativa), (Westfield, NJ: Open Magazine Pamphlet Series, 1993) p. 3.

Sin embargo, los datos producidos por fuentes tales como la Asociación de la Industria Discográfica de Estados Unidos (RIAA, por sus siglas en inglés), la Asociación de Cine de Estados Unidos (MPAA) y la Alianza Internacional de la Propiedad Intelectual (IIPA) son útiles y tal vez sea por la simple razón de que refuerzan nuestra percepción acerca de las afirmaciones que hacen en los países pobres los titulares de los derechos en los países del Norte. En efecto, tales afirmaciones parecen contar con un alto grado de respaldo del gobierno: La Comisión de Comercio Internacional de EE UU aparentemente cree que 'debido a un inadecuado nivel de la protección, muchos mercados potenciales no están disponibles para los fabricantes de EE UU debido a la proliferación de la piratería comercial'.⁶² De hecho, la misma fuente prosigue indicando que "Estados Unidos y otros países industrializados continúan instando a muchos países en vías de desarrollo a cumplir con sus nuevas obligaciones mediante la aplicación de la legislación necesaria y de los mecanismos de observancia con respecto a la protección de la propiedad intelectual".⁶³ Una fuente ubica las pérdidas registradas en 2002 por concepto de 'piratería' en el Medio Oriente y África en USD 211

⁶¹ Véase por ejemplo, Liebowitz, Policing pirates in the networked age (Vigilando a los piratas en la era interconectada), (Washington DC: Cato Institute 2002), especialmente p. 11-14; y su trabajo Will MP3 downloads annihilate the record industry? The evidence so far (¿Las descargas de MP3 aniquilarán la industria del disco? La evidencia registrada hasta ahora), (documento inédito, junio de 2003).

⁶² Christopher Johnson y Daniel J. Walworth, Protecting US intellectual property rights and the challenges of digital piracy (Protegiendo los derechos de propiedad intelectual de EE UU y los desafíos de la piratería digital), (Washington DC: Comisión de Comercio Internacional de EE UU, marzo 2003), p.1 (US International Trade Commission Office of Industries Working Paper N° ID-05).

⁶³ Johnson y Walworth, p. 1.

millones para las películas; USD 160,5 millones para las grabaciones musicales; USD 371,5 millones para el negocio del *software* y USD 150 millones para los libros 'piratas'.⁶⁴

Para entender mejor estas afirmaciones y el tipo de presiones que las acompañan, podemos examinar el caso del presunto fracaso de Suráfrica para hacer cumplir los estándares de protección de la PI aplicados en los países del Norte. En su Informe Especial 301 de 2002, la IIPA alegaba que la "estimación de pérdidas totales ocasionadas por la piratería de obras estadounidenses con *copyright* en Suráfrica se elevó a USD 124,6 millones en 2001".⁶⁵ Estas pérdidas, según los argumentos de la IIPA, incluso le cuestan a Suráfrica "empleos, ingresos fiscales y la posibilidad de desarrollar su comunidad creativa". En 2003, esta misma organización recomendó que "Suráfrica debe ser colocada en la Lista de Vigilancia Prioritaria", debido a un fuerte aumento en los niveles de la 'piratería audiovisual', refiriéndose específicamente a las importaciones de películas en DVD. La IIPA también alegó que había corrupción (...) dentro de las aduanas surafricanas".⁶⁶

En lo que respecta al sector educativo, según la IIPA, los editores de libros han sufrido por la 'piratería', incluyendo el fotocopiado no autorizado de libros de textos completos y otros materiales en los campus universitarios, hasta por un valor de USD 14 millones, una evidente caída respecto a años anteriores que puede explicarse por las variaciones en las tasas de cambio de divisas. Sin embargo, las instituciones educativas más prósperas se han visto obligadas a ser más 'conscientes del *copyright*' y en el caso de las cuatro instituciones de Ciudad del Cabo han designado a un funcionario común encargado del *copyright* para tramitar los permisos de *copyright* ocasionados por la copia de materiales de aprendizaje. Así pues, aunque los datos no estén completos ni sean totalmente confiables, podríamos presentar un amplio panorama de los continuos flujos de capital, desde el Sur hacia el Norte, en cuanto a bienes protegidos con *copyright*.

2.3 Las trampas de los ADPIC: acuerdos de libre comercio y *copyright*

*"Quien recibe una idea mía, aprende, sin que disminuya mi instrucción;
del mismo modo que quien enciende una vela con mi llama, recibe la luz
sin dejarme en la oscuridad."*

Thomas Jefferson

El nacimiento y la subsiguiente explotación del Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio de 1994 (ADPIC) es una historia fascinante de cómo las industrias orientadas a la propiedad intelectual situadas en el Norte del mundo han buscado – y han obtenido ampliamente – el predominio mundial en la PI. La receta funciona de la siguiente manera. Primero, construya una fuerte alianza de propiedad intelectual global integrada por grandes organizaciones de EE UU, Europa y Japón. Después, ponga a hervir lentamente la alianza haciendo que sus respectivos representantes comerciales nacionales cabildeen para que presenten la propiedad intelectual como un asunto relacionado con el comercio en las negociaciones internacionales sobre el comercio, tal como en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, según sus siglas en inglés), el precursor de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Si al principio algunos países del Sur encuentran el caldo medio crudo e incomible, rocíe unos pocos ingredientes con

⁶⁴ IIPA, IIPA 2004 special 301 recommendations (Recomendaciones de la Alianza Internacional de la Propiedad Intelectual para la cláusula especial 301, 2004), IIPA 2002-2003 estimated trade losses due to copyright piracy, in millions of U.S. dollars, and 2002-2003 estimated levels of copyright piracy (IIPA pérdidas comerciales estimadas para 2002-2003 debidas a la piratería de *copyright*, en millones de dólares estadounidenses, y niveles estimados de piratería de *copyright* 2002-2003). Medio Oriente y África (IIPA, 2003).

⁶⁵ IIPA, 2002 special report, (Sur África), p. 552.

⁶⁶ IIPA, 2002 special report, (Sur África), p. 271.

condiciones favorables. Adúlelos e incluso amenácelos con graves consecuencias, hasta que ellos finalmente accedan a probar el nuevo plato. Siga agregando nuevos aderezos a la receta cada pocos años para evitar que se torne insípida. Lo mejor de esta sencilla receta es que los confiados Estado-nación del Sur creerán en la promesa de que la oferta más reciente es buena para su propia salud a largo plazo. De hecho, sin este menú de la PI 'a la carta', se alega que los habitantes del Sur sufrirían de una terrible desnutrición de la creatividad y del intelecto.

La metáfora anterior puede ser forzada, pero capta la esencia de los acontecimientos que se han producido durante las últimas dos décadas, a medida que toman el impulso propicio para la elaboración de políticas orientadas a la propiedad intelectual global. En esta sección de nuestro Dossier se exploran las *causas* de este impulso urgente hacia el cambio en las políticas de PI. ¿Cómo se han extendido tales ideas a costa de otras opciones? ¿Por qué existe el peligro de una privación real de la creatividad para muchos ciudadanos del Sur, así como del Norte, después de cenar el menú tan limitado y limitante de la PI?

Primero, ¿por qué necesitamos una política de PI – o más específicamente una política de *copyright* o derecho de autor – cocinada en países del Norte, para ser digerida en gran parte por los países del hemisferio Sur? Mientras los países del Norte, particularmente Estados Unidos, han pasado de una base manufacturera a una base de servicios, y por ende a una base de conocimiento para sus economías, se ha hecho crucial la creación de nuevas fuentes de ingresos. Los gobiernos pueden proteger mejor esos nuevos flujos de ingresos si las tecnologías y el contenido que constituyen la base del conocimiento – tal como *software* bajo licencia o productos de esparcimiento – se protegen más despiadadamente con un régimen de PI amplio y *aplicado globalmente*; de hecho, tal protección ayuda a las industrias del *copyright* del Norte a obtener beneficios monopólicos más elevados.

En su comercio de productos de PI con el resto del mundo EE UU siempre ha tenido un excedente, una ventaja que ha tratado de sostener despiadadamente. Por ejemplo, en 1999 EE UU recibió un total de USD 36.500 millones por sus exportaciones en propiedad intelectual, mientras que solamente pagaron USD 13.300 millones a otros países. Ningún otro país en el mundo llega siquiera a acercarse a un excedente en productos de PI superior a los USD 23.000 millones.⁶⁷ Muchos otros países del Norte, tales como Alemania, Francia y Canadá realmente tienen importantes déficit en PI; esos países quizás pueden esperar que su suerte en materia de PI se revierta en el futuro. 'Las industrias del *copyright*', específicamente, 'son responsables de cerca del 5% del PIB de Estados Unidos' y 'ellas recaudan más ingresos internacionalmente que los automóviles y autopartes, más que la aviación, más que la agricultura'.⁶⁸ Las industrias de la PI en general y del *copyright* en particular son, por lo tanto, de enorme importancia para el bienestar de las economías del Norte y ejercen una influencia doméstica significativa.

Es evidente que los países del Norte, que dependen de ciertas industrias del conocimiento como son los medios, el entretenimiento, las empresas farmacéuticas, la biotecnología, las telecomunicaciones o los programas informáticos, sienten una crucial motivación financiera para alcanzar un predominio estratégico comercial global en lo que respecta a esas

⁶⁷ Story Alan (2002), 'Copyright: TRIPS and International Education Agenda' ('*Copyright*: ADPIC y la agenda internacional de educación'), en Drahos, P. y Mayne, R. (Eds.) Global intellectual property rights: knowledge, access and development (Derechos globales de propiedad intelectual: conocimiento, acceso y desarrollo), (Palgrave Macmillan), p. 131.

⁶⁸ Véase Jack Valenti (2002), A clearer present and future danger (Un presente más claro y un peligro futuro), 2002; Open Democracy, www.opendemocracy.net/debates/issue-8-40.jsp, consultado el 9 de marzo de 2004.

mercancías.⁶⁹ Sin embargo, ¿por qué se debe llegar a la conclusión de que las mismas políticas tienen que ser válidas para el resto del mundo, en especial para el Sur? ¿Los estándares del *copyright* del resto del mundo deben imitar necesariamente a los provenientes del Norte?, o ¿debe el Sur decidir adecuadamente cuáles son sus necesidades domésticas que deben utilizar como vehículo los acuerdos de libre comercio? Lo que está sucediendo realmente es que importantes políticas adoptadas en una parte del mundo se están convirtiendo cada vez más en un estándar *de-facto* para el resto; esto, – con sus implicaciones a largo alcance – se está logrando de tres maneras específicas.

Para ejercer influencia global, la primera y la más duradera táctica de la industria del *copyright* y otras industrias basadas en el conocimiento instaladas en el Norte es hacer aportes regulares y significativos al financiamiento de campañas electorales, para que los candidatos 'apropiados' sean elegidos al Congreso de EE UU o a otras legislaturas. De esta manera, las grandes organizaciones corporativas pueden captar la estructura reguladora de sus gobiernos nacionales. Las industrias de medios, recreación, farmacéuticas, biotecnológicas y de telecomunicaciones de Estados Unidos están entre los contribuyentes más generosos a los fondos de campaña de funcionarios electos en EE UU. La industria farmacéutica de EE UU contribuyó con un total de USD 230 millones al financiamiento de campañas en el ciclo electoral 1999-2000. La industria de las comunicaciones ocupó el cuarto lugar en generosidad, con USD 133 millones. La industria de la salud se situó en el séptimo lugar con USD 96 millones entre los contribuyentes industriales.⁷⁰ Una vez elegidos, se puede esperar que tales funcionarios puedan responder amigablemente a las peticiones más sesgadas por favores políticos nacionales o internacionales: de hecho, es posible que esas peticiones ni siquiera tengan que mencionarse.

En segundo lugar, la captura regulatoria por parte de los gobiernos del Norte, incluyendo los europeos, llegó a ser, una vez establecida, una fuerza decisiva para cambiar las prioridades globales en escenarios comerciales cruciales tales como el GATT o la OMC. La exitosa introducción de los ADPIC durante la 8a Ronda del GATT entre 1986 y 1994 fue un golpe magistral en el reordenamiento de las prioridades globales de la PI. En un movimiento rápido, los derechos de propiedad intelectual fueron transformados de una oscura preocupación nacional de un puñado de gobiernos, a un asunto global vinculado con el comercio. Una vez que los ADPIC cayeron dentro del ámbito de la OMC, las amenazas e incluso las sanciones podían ser y fueron impuestas por las naciones del Norte contra países que no tenían políticas 'adecuadas' de protección de la PI. Eso fue una victoria arrolladora. La inclusión de los ADPIC dentro del marco de trabajo de la OMC en 1995 contribuyó notablemente a la realineación y armonización de los derechos de propiedad intelectual de la mayoría de los 152 estados miembros de la OMC hacia los estándares de EE UU. Todos los países miembros, especialmente los del Sur, pueden ahora ser obligados a acatar las condiciones restrictivas de los ADPIC y todo eso dentro de un estricto límite de tiempo.

En tercer lugar, la introducción de los ADPIC fue simplemente el principio de una nueva estrategia de gran alcance que busca siempre niveles más altos de armonización de las leyes de *copyright* de los países del Sur con aquellas que existen en EE UU y Europa. La nueva arma del arsenal comercial de EE UU fue el hábil uso de los acuerdos de libre comercio para alcanzar tales fines; se trata de acuerdos muy diferentes a los mecanismos institucionales multilaterales. La fácil reproducción de los productos con *copyright* a nivel

⁶⁹ Las empresas farmacéuticas están organizadas en la Federación Internacional de Asociaciones de Productores Farmacéuticos (IFPMA, según sus siglas en inglés), la industria del entretenimiento se organiza en la Asociación de la Industria de la Grabación de Estados Unidos (RIAA), en la Asociación de la Industria Cinematográfica de Estados Unidos (MPAA) y las empresas de *software* dentro de la Alianza de Empresas de Software (BSA).

⁷⁰ Centre for Responsive Politics, 2004.

mundial, tanto digital y no-digital, (también llamada 'piratería') se convirtió en un argumento muy conveniente para que las industrias del *copyright* introduzcan solicitudes de políticas más proteccionistas. Se alega repetidamente que la 'piratería' o el robo de la propiedad intelectual en países en vías de desarrollo, conduce a pérdidas considerables para los dueños y productores de la propiedad intelectual del mundo desarrollado. La Comisión de Comercio Internacional reclama que la 'piratería' extranjera de la PI estadounidense cuesta al país aproximadamente de USD 40.000 a 60.000 millones al año.⁷¹ Pero debemos recordar que las industrias domésticas del *copyright* de Estados Unidos y de los países de Europa occidental estuvieron durante el Siglo XIX pirateando productos con entusiasmo considerable, algo que ha sido pasado por alto de forma deliberada por sus gobiernos.⁷²

Acuerdos de Libre Comercio

En lo que parece hasta ahora ser el método más asombroso de imponer la política de derecho de autor o *copyright* de EE UU a los países del Sur, EE UU está poniendo gran énfasis en los acuerdos de libre comercio. El ritmo para aumentar el volumen y la intensidad del comercio global en propiedad intelectual a través de la OMC al parecer está desacelerándose debido a diferencias internas entre los países miembros. Esto ha conducido a un aumento en el número de acuerdos preferenciales bilaterales y plurilaterales (con más de dos países); al mismo tiempo, la participación mundial del comercio no multilateral (es decir unilateral) y preferencial ha venido aumentando constantemente durante los últimos 10 años.⁷³ Estos acuerdos, en los que participan dos o más países, pueden ser regionalmente específicos, como por ejemplo dentro de Asia, o ser geográficamente divergentes, como entre Singapur y Estados Unidos, por ejemplo. Este tipo de acuerdos también son conocidos como acuerdos comerciales regionales si están geográficamente vinculados, o más generalmente se mencionan como tratados de libre comercio (TLC), pues la idea es liberar el comercio transfronterizo de los obstáculos de los derechos arancelarios o las reglas restrictivas.

El número total de acuerdos de libre comercio vigentes en 2005 era de 170 y otros 90 estaban en camino. Las actividades de los TLC se han intensificado recientemente en todo el mundo. El nivel de intensidad se refleja en el hecho de que todos los miembros de la OMC, excepto Mongolia, se han involucrado en algún tipo de acuerdo comercial. Se espera que para 2008 el número de TLC existentes pueda acercarse a los 300. A grandes rasgos hay tres tendencias evidentes en estos acuerdos comerciales:

1. Un gran número de países de todo el mundo, incluyendo los que tradicionalmente confían en la liberalización comercial multilateral, están convirtiendo cada vez más los TLC en el elemento central de su política comercial;
2. En muchos casos los TLC están estableciendo regímenes comerciales que van más allá del alcance de los acuerdos comerciales multilaterales.
3. Se está dando preferencia a los acuerdos comerciales recíprocos entre países en desarrollo y países desarrollados.⁷⁴

Por lo tanto, si el aletargado crecimiento de la OMC no está ofreciendo los resultados comerciales deseados, muchos países del Sur, cada vez más ansiosos de aumentar sus exportaciones, están deseosos de aprovechar el trato preferencial de sus contrapartes del

⁷¹ Johnson, C., 'Global copyright protection and the challenge of digital piracy' ('Protección global del *copyright* y el desafío de la piratería digital'), 2003; USITC Report 3640. ftp.usitc.gov/pub/reports/ittr/PUB3640.PDF – Consultado el 4-7-2004.

⁷² Ben-Atar, Doron, *Trade Secrets: Intellectual Piracy and the Origins of American Industrial Power* (Secretos comerciales: La piratería intelectual y los orígenes del poder industrial estadounidense), (New Haven, Conn, USA: Yale University Press, 2004).

⁷³ Crawford, Jo-Ann y Fiorentino, Roberto V., 'The changing landscape of Regional Trade Agreements' ('El cambiante panorama de los acuerdos regionales de comercio'), Discussion Paper N° 8, OMC, Ginebra, 2005.

⁷⁴ Ibid.

Norte. También está el hecho de que esos países no quieren que se piense que han quedado 'rezagados' en la competitiva carrera por los limitados mercados del Norte. Sin embargo, en este regateo, los estados del Sur están dando mucho más de lo que realmente piensan.

Es evidente que los TLC son considerados por países como Estados Unidos como oportunidades para elevar y armonizar los estándares de la PI en todo el mundo. Pese a la oposición proveniente de los foros multilaterales como el de la OMC, EE UU está optando por utilizar la vía de los tratados de libre comercio para alcanzar sus objetivos. El enfoque consiste básicamente en utilizar un patrón o plantilla de PI orientada por EE UU e imponer sus estándares preferidos a los demás por medio de estos TLC. Los asuntos relacionados con la PI en cada TLC son negociados según el patrón establecido por el último acuerdo, con las mismas cláusulas incluidas en cada uno de ellos, sin importar si ocasionan algún 'problema' en el país que negocia como socio.⁷⁵ Por ejemplo, el acuerdo de libre comercio entre EE UU y Jordania requiere que este último país cambie sus leyes nacionales de patentes para permitir las patentes de métodos de negocios; solamente el más ingenuo podría pensar que ese cambio se hizo a petición de los jordanos o que las compañías radicadas en Jordania serán las principales beneficiarias de un tipo de patente tan controversial.

Ahora vamos a examinar dos elementos específicos de los acuerdos de libre comercio relacionados con el *copyright*. Estos elementos surgieron como resultado de muchos acuerdos preferenciales entre Estados Unidos y otros países. El primero de ellos está relacionado con la introducción de la Ley de Copyright para el Milenio Digital (DMCA, según sus siglas en inglés) y el segundo es la ampliación del plazo de vigencia del *copyright* a la vida del autor más 70 años.

La Ley de Copyright para el Milenio Digital y sus repercusiones mundiales⁷⁶

La Ley de Copyright para el Milenio Digital, o DMCA, es una ley de derecho de autor o *copyright* excesivamente restrictiva, producida en respuesta a la aprobación del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derecho de Autor firmado en 1996 por casi ciento sesenta países. Se espera que todos los países signatarios del tratado sobre *copyright* promulguen esas leyes dentro de sus jurisdicciones nacionales. La ley estadounidense DCMA de 1998 es un buen ejemplo de legislación que muchas industrias de EE UU orientadas hacia el *copyright* buscan imponer al resto del mundo. Las condiciones impuestas por la DMCA van mucho más allá de las recomendaciones generales hechas por la OMPI. Al no haber logrado convencer a las naciones de todo el mundo para que adopten las regulaciones de *copyright* al estilo de EE UU por medio del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, el gobierno de EE UU ha incluido muchos requisitos rigurosos establecidos en la DMCA, así como otros requisitos en sus tratados de libre comercio (TLC) con Jordania, Singapur, Chile, Marruecos, Australia, Bahrein, Omán y el CAFTA (con Centroamérica). Ahora está intentando incluir disposiciones similares en sus actuales negociaciones multilaterales de libre comercio con 33 países de las Américas⁷⁷; debe señalarse que tales negociaciones no están prosperando bien en el entorno político rápidamente cambiante que reina a lo largo de ese continente.

La ley DMCA puede impedir cualquier copia o acceso a las obras, incluso las copias que estarían completamente justificadas según la ley de *copyright* por ser de 'uso justo' o 'trato justo'. La DMCA no es equilibrada ya que básicamente proporciona un poder considerable al proveedor de los contenidos con *copyright* a costa del acceso a la información por parte de los consumidores, especialmente con referencia a sus derechos de 'uso justo'. Los dueños ahora

⁷⁵ Weatherall, Kimberlee, 'Locked in: Australia gets bad intellectual property deal' (Encerrados: Australia suscribe un mal acuerdo de propiedad intelectual), Policy, Vol. 20, N° 4, invierno 2004-2005.

⁷⁶ Para ahondar en este tema, véase la Sección 4.8.

⁷⁷ Véase FTAA & Bilateral FTA Resources (Área de Libre Comercio para las Américas -ALCA- y recursos bilaterales de Tratados de Libre Comercio -TLC-) en: www.eff.org/IP/FTAA/ (Consultado el 4 de diciembre de 2005).

pueden poner legalmente una cerradura tecnológica a una obra para controlar el acceso no autorizado, el copiado, la ejecución o la exhibición de la obra. En tal caso, es ilegal eludir esa cerradura tecnológica, por ejemplo la que existe con los CD 'a prueba de copia', o suministrar cualquier producto, servicio o tecnología que esté diseñado para ayudar a que las personas eludan ese bloqueo. Cualquier persona que esté 'privadamente' vinculada con el desarrollo o la distribución de tecnología de elusión en los medios digitales – lo cual debería permitirse de acuerdo a la doctrina del 'uso justo' del *copyright* – está en riesgo de ser penal o civilmente responsable. Además, el acceso digital o el acceso habilitado por Internet puede ser restringido aún más estrictamente con códigos de *software* insertados y acuerdos de licencias *shrink-wrap* (licencia no negociada que sólo puede ser leída por el cliente tras haber abierto el empaque de un producto, como una caja conteniendo el *software*, se estipula que al rasgar el envoltorio plástico el interesado ya ha aceptado las condiciones, N. del E.) y las licencias *click-wrap* (licencia de aceptación electrónica que aparece en la pantalla de productos digitales, usualmente en CD o en línea, para que el usuario acepte haciendo click antes de poder ingresar, N. del E.).

Ya están en circulación en todo el mundo millones de discos protegidos contra la reproducción. Uno no puede utilizar esos discos protegidos en reproductores MP3, aunque hacer una copia MP3 a partir de un CD para uso personal todavía es considerado como 'uso justo'. La mayor ironía es que, a diferencia de la anterior generación de equipos de video que permitían a los usuarios 'posponer' o copiar contenidos para una visualización posterior (por ejemplo, en sus videograbadoras), una compañía que distribuya herramientas para 'reparar' esos CD inutilizables – y por ende restituir a los consumidores sus derechos de 'uso justo' – correría el riesgo de ser demandada según la prohibición de la ley DCMA sobre las herramientas y tecnologías elusivas (En 2007 varias disqueras decidieron eliminar la DRM por notar que afectaban las ventas y la aceptación de sus clientes, N. del E.).

La ley DMCA también puede ser usada para crear una censura potencial permitiendo que los dueños del *copyright* obliguen al proveedor de servicio de Internet (según sus siglas en inglés ISP, *internet service provider*) a retirar cualquier material de Internet y de la red mundial o *World Wide Web* si el dueño del *copyright* cree que el material tiene una naturaleza infractora.⁷⁸ Esto claramente tiene consecuencias para las libertades políticas que Internet le otorga a la gente alrededor del mundo. Los dueños del *copyright* pueden hacer cumplir la eliminación de material 'adverso' simplemente enviando al proveedor de servicios en Internet una notificación legal por escrito que indique, de buena fe, que el material está infringiendo la ley. Si el ISP no quita rápidamente el acceso a ese material supuestamente infractor, el mismo proveedor puede ser declarado responsable de cualquier infracción que se pueda hallar. Es evidente que la mayoría de los proveedores preferirán errar retirando el material que se alegue 'infractor', en vez de desafiar al dueño del *copyright* con su ejército de prósperos abogados.

La Ley de Copyright para el Milenio Digital puede así comenzar a mediar el acceso al ciberespacio de personas que habiten en otros países. Internet es un medio fácilmente accesible desde un número cada vez mayor de lugares de un mundo crecientemente conectado. Al mismo tiempo, debe recordarse que una alta densidad del tráfico de información se origina en EE UU. El idioma inglés continúa dominando Internet con cerca del 78% de todos los sitios *web* y el 96% de los sitios *web* de comercio electrónico.

El alcance que tienen los acuerdos de libre comercio para lograr sus objetivos es muy sorprendente. El lenguaje de los ADPIC resulta incluso un tanto más flexible, en comparación. Por ejemplo, el Artículo 11 del Tratado de la OMPI sobre el derecho de autor requiere simplemente que las partes proporcionen la "protección jurídica adecuada y los recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores". Sin embargo, la disposición equivalente en el Acuerdo de Libre Comercio de Australia con EE UU explica este punto con detalles excesivos a lo largo de dos

⁷⁸ Véase el fallo de la Suprema Corte de EE UU en: MGM Studios Ltd. *et al* Versus Grokster LTD. *et al*, junio de 2005. http://fairuse.stanford.edu/MGM_v_Grokster.pdf (Consultado el 10-12-2005).

páginas y media tecladas a espaciado simple. Este acuerdo define en términos mucho más restrictivos qué son medidas tecnológicas, cuáles acciones referentes a ellas están proscritas, cuáles excepciones pueden otorgarse e incluso cuándo y de qué manera pueden crearse nuevas excepciones y cuáles criterios podemos aplicar al crearlas.⁷⁹ El Tratado de Libre Comercio de Centroamérica (CAFTA) solicita sanciones civiles y penales para castigar a cualquier persona que 'eluda' la tecnología de protección anticopia o que 'suministre' esas herramientas a cualquiera. Al igual que la DMCA, cubriría todas las variantes, desde DeCSS (herramienta que quita la protección anticopia del DVD) hasta productos que hacen lo mismo para libros electrónicos.⁸⁰

Lo más probable es que EE UU no muestre ningún interés por sus socios comerciales cuando se elabore la política futura sobre *copyright*. Los siempre poderosos grupos de cabildeo de EE UU claramente se opondrán, de forma directa y a través de sus representantes comerciales, a cualquier medida que ellos consideren menos que óptima, desde su punto de vista.

La extensión de los plazos del *copyright* por medio de los TLC⁸¹

El otro ejemplo que se debe resaltar aquí, dentro de los Tratados de Libre Comercio, es la extensión - a todas luces inexplicable - del plazo de vigencia del derecho de autor o *copyright* a la vida del autor más 70 años. Todos los TLC que involucran a EE UU tienen esa cláusula como requisito. Esta norma ha sido copiada directamente de la denominada Ley de Copyright de Sonny Bono, aprobada en EE UU en 1998, que extendió la titularidad del *copyright* por 20 años adicionales, hasta un total de 70 años después de la muerte del autor. Esto fue posible, en gran parte, al intenso cabildeo de la Corporación Walt Disney (Ley de Copyright de Sonny Bono), puesto que el personaje de Mickey Mouse estaba a punto de ingresar en el dominio público.

Es casi imposible encontrar en la literatura del *copyright* un análisis preciso de cómo la extensión del plazo del *copyright* a la vida del autor + 70 años (o incluso a los 50 años según el Convenio de Berna, que es una de las partes de los ADPIC) se relaciona con cualquier lógica económica aceptable. ¿Acaso esos largos años de protección realmente proporcionan un tiempo adicional a los dueños de los contenidos para que recuperen sus gastos de comercialización o financiación y, si así fuera ¿podría alguien realmente proporcionar algún cálculo de las ganancias previstas en cada uno de los próximos 50 a 70 años? Es evidente que no. Las extensiones en el plazo parecen más bien ardidés para evitar que las obras con *copyright* regresen lo suficientemente rápido al dominio público.

La estandarización de los plazos y del alcance del *copyright*, que incorpora un nivel mínimo básico de protección y evita la exclusión de ciertas expresiones del *copyright*, es un resultado del Convenio de Berna que todos los miembros de los ADPIC/OMC también deben firmar para solicitar su debida elegibilidad. Es evidente que esto tiene implicaciones enormes para la mayoría de los países del Sur que necesitan un mayor acceso a información barata y abundante para su desarrollo nacional. Si los productos con *copyright* tardan cada vez más tiempo en alcanzar el dominio público, entonces toda una generación de personas tendrá negado el acceso barato al conocimiento. Es importante reconocer que la política de un país en cuanto a *copyright* es una fuente esencial que determina las formas de control que se pueden ejercer sobre el acceso a la información publicada. La vitalidad del dominio público

⁷⁹ Kimberlee, *op cit.*

⁸⁰ McCullagh, Declan, Copyright lobbyist strike again (Cabilderos del *copyright* golpean de nuevo), 1º de agosto de 2005, http://news.com/2010-1071_3-5811025.html (Consultado el 4 de diciembre de 2005).

⁸¹ Para más detalles sobre este tema, véase la Sección 4.2.

está bajo una clara amenaza por las nuevas formas de protección del *copyright* contempladas por las poderosas industrias de Estados Unidos orientadas hacia el *copyright*.

Conclusión

El poder protector de las industrias del *copyright* de EE UU está alterando el panorama de la información por medio de la intervención de la política del libre comercio sobre los plazos de duración del derecho de autor o *copyright*, el alcance y el carácter básico del *software* encriptado y las tecnologías antielusión. Todas las protecciones anteriores consideradas en la mayoría de las leyes de *copyright* están actualmente bajo una amenaza más grave con el cambio al dominio digital. Stallman sugiere que ahora el papel del *copyright* se ha invertido totalmente. El *copyright* fue establecido para permitir que los autores restringieran a los editores y para el beneficio del público en general. La tecnología digital lo ha transformado en un sistema para permitir que los editores restrinjan al público en nombre de los autores.⁸²

Los países desarrollados de Occidente han recurrido literalmente a bloquear o golpear el desarrollo de las estrategias de PI de los países en vías de desarrollo, las mismas estrategias que alguna vez fueron utilizadas por los países desarrollados mientras ascendían en la escala del desarrollo.⁸³ El bloqueo de iniciativas ocurre generalmente mediante el considerable control que ejerce el mundo desarrollado sobre las instituciones internacionales y por la promesa de acceso a los mercados desarrollados a cambio de políticas más rigurosas en materia de PI negociadas a través de los TLC.

¿Pueden los países en vías de desarrollo que están 'muy abajo' en la escalera del crecimiento tecnológico sacar provecho de otros paradigmas, más abiertos, de la distribución de conocimiento? La lucha por el futuro perfil que tendrán aspectos importantes de la política del *copyright* se está abordando fundamentalmente a través de elementos planificados de una forma calculada en los TLC. Por eso, mientras se ha fortalecido el *copyright* (literalmente derecho de copia), se ha venido debilitando gradualmente la necesidad de un correspondiente '*copyduty*' (literalmente significa 'deber de copia', juego de palabras en inglés presentado como concepto opuesto al *copyright*, N. del E.) para apoyar la importancia del dominio público. Está claro que si el dominio público no se reabastece constantemente, existe el considerable peligro de que se convierta en infértil – y por ende no esté en capacidad de inspirar nuevas generaciones de obras con *copyright* – y que se convierta en 'inaccesible' para los que necesiten usar su acervo.

2.4 Sociedades de recaudación reprográfica y su proyectado crecimiento en el Sur

El propósito principal de una Sociedad de Derechos Reprográficos u Organización de Recaudación Reprográfica (RRO, según sus siglas en inglés) es recaudar entre los usuarios los derechos de regalía por concepto de *copyright* a nombre de los titulares de derechos, tanto editores como autores. Tales derechos se generan fundamentalmente a partir de regímenes de licencias entre las sociedades de recaudación reprográfica y los grupos de usuarios. Las instituciones educativas son los concesionarios predominantes y la principal fuente de ingresos de las RRO. Por lo tanto, las RRO merecen particular atención en cualquier evaluación del derecho de autor o *copyright* y de los asuntos educativos en el Sur.

En 2001 había un total de 33 sociedades nacionales de recaudación reprográfica, principalmente en el mundo desarrollado. En aquella época existían en África tres RRO: La Organización de Derechos Dramáticos, Artísticos y Literarios Ltd-Limitada (DALRO) en Suráfrica, Zimcopy en Zimbabwe y

⁸² Stallman, R. Let's share (Vamos a compartir), 2004; Open Democracy, www.opendemocracy.net/debates/article-8-40-26.jsp (Consultado el 9-3-2004).

⁸³ Ha-Joon Chang, Kicking away the ladder: Development Strategy in Historical Perspective (Derribando la escalera: la estrategia del desarrollo en una perspectiva histórica), (Londres: Anthem Press, 2002).

Kopiken en Kenia (*website* de IFRRO). Una de las funciones dominantes de las RRO nacionales es asegurar la recaudación y la transmisión de los derechos por *copyright* a los titulares extranjeros de derechos y, para facilitar tales distribuciones, las sociedades de recaudación reprográfica nacionales son miembros de la Federación Internacional de Organizaciones de Derechos Reprográficos (IFRRO).⁸⁴ Además del IFRRO y de las RRO individuales hay en el mundo desarrollado una serie de instituciones que están promoviendo una mayor difusión del sistema y la filosofía de las RRO, incluyendo en los países menos desarrollados.

Por ejemplo, en su reunión centenaria realizada en abril de 1996, en Barcelona, España, el 25º Congreso de la Asociación Internacional de Editores emitió una resolución que solicitaba la creación de sociedades de recaudación reprográfica en cada país del mundo. Los programas educativos sobre *copyright* de la OMPI en los países más pobres y varios informes del Banco Mundial también estimulan el establecimiento de RRO nacionales dentro de esos países, en el contexto de mejorar o crear sistemas administrativos y regímenes de aplicación del *copyright*. La pregunta que debemos formular es: con el actual *copyright* y en la coyuntura editorial, ¿deberá ser exportado el modelo de las sociedades de recaudación reprográfica hacia África (y al Sur en general)?

La experiencia de DALRO en Suráfrica

La experiencia de la RRO surafricana DALRO es instructiva. Según los últimos datos financieros disponibles (2001) presentados en el sitio Web de la institución, DALRO distribuyó a los titulares nacionales de derechos (es decir, a los surafricanos) un total de 73.545,89 euros por concepto de regalías por derechos reprográficos (esencialmente fotocopias) durante su ejercicio presupuestario de 1999. En contraste, DALRO distribuyó en 1999 un total de 136.523,07 euros a las RRO extranjeras (y por ende a los titulares extranjeros de derechos). La fuente principal de los ingresos de DALRO fue el sector educativo, particularmente las universidades y los institutos técnicos. Durante el mismo período, DALRO recibió un total de 19.802,62 euros de otras sociedades de recaudación reprográfica (es decir, de entidades no surafricanas) por el copiado realizado en esos países (y presumiblemente para la distribución a los titulares surafricanos de derechos; esto se divide entre editores y autores; se desconoce el porcentaje destinado a ambas partes, aunque ciertamente los porcentajes de distribución de la asociación que licencia el *copyright* en UK favorecen primordialmente a los editores por encima de los autores).

Lo que estas cifras revelan es que las distribuciones de ingresos provenientes de los usuarios reprográficos de Suráfrica a los titulares extranjeros fue más de 2,5 veces mayor que las distribuciones totales hechas por DALRO a los titulares surafricanos de derechos.⁸⁵ Como es sabido, Suráfrica es un país mucho más rico que sus vecinos en África y tiene un sector editorial y educativo significativamente más grande y sólido (en el sector educativo trabajan muchos autores). Pero incluso aquí, tal como lo muestran las cifras anteriores, el sistema de las RRO lleva a una balanza de pagos muy desigual a favor de los países más ricos y refuerza los patrones de dependencia existentes. Si se llegara a establecer una sociedad de recaudación reprográfica plenamente funcional y activa en cualquier otro país africano, especialmente en un país menos desarrollado, la desigualdad financiera sería mucho mayor; tal RRO africana se convertiría sobre todo – y tal vez exclusivamente – en un recaudador de regalías para los editores y autores extranjeros radicados en los países ricos.

A cierto nivel, para que tenga sentido económico el establecimiento de una RRO nacional, es decir, para facilitar cierto grado de igualdad interjurisdiccional en las distribuciones de los ingresos, un país debe, si se le obliga a pagar ingresos significativos por regalías, contar igualmente con un sector editorial y de exportación editorial significativo. Por ejemplo, la

⁸⁴ Véase <http://www.ifro.org/>

⁸⁵ He aquí las cifras (algo redondeadas): $73.000 - 20.000 = 53.000$; $137/53 = 2,5$.

Copyright Licensing Agency del Reino Unido (CLA, la Agencia de Licenciamiento del Copyright), recibió en el período 1998-1999 un total de 3,6 millones de libras esterlinas (£) de las sociedades de recaudación no-británicas; en ese mismo año, la CLA distribuyó 3,5 millones de £ a los titulares de derechos que no eran de origen británico. En el año fiscal 1999-2000, el Copyright Clearance Center de EE UU (CCC, el Centro de Autorización del Copyright), que representa a 9.600 editores de EE UU y decenas de miles de autores, recaudó USD 79 millones y distribuyó un estimado de USD 57 millones a sus propios titulares nacionales de derechos.⁸⁶ Conclusión: el panorama editorial y del derecho de autor o *copyright* en un país como Senegal o Zimbabwe no guarda ninguna relación con el que existe en el Reino Unido, EE UU o incluso en Suráfrica. El modelo de las sociedades de recaudación reprográfica simplemente no se adapta a la realidad de los países menos desarrollados; constituye un trasplante artificial de una naturaleza editorial cuantitativamente diferente. De hecho, hay muy poco entusiasmo por el modelo de las RRO en otras partes de África ya que organismos tales como Kopiken en Kenia o Zimcopy en Zimbabwe – las otras dos RRO africanas, que fueron establecidas en 1995 – no hicieron ni una sola recaudación financiera reprográfica durante su último ejercicio presupuestario, según los documentos publicados en sus *websites*.⁸⁷

Si el análisis anterior no es razón suficiente para rechazar la idea de exportar el modelo de las sociedades de recaudación reprográfica a los países menos desarrollados de África (o a cualquier otra parte en el Sur), la experiencia con el modelo de las RRO en los países desarrollados debe proporcionar un alerta adicional. Las denominadas 'licencias generales', que las RRO generalmente ofrecen a los usuarios, no incluyen ciertos requisitos educativos claves, como la distribución de compilaciones de materiales estudiantiles sin fines de lucro – regalías adicionales por dichos materiales – por lo que los usuarios, tales como las escuelas y universidades, asumen la mayoría de los elevados costos de transacción ocasionados por la administración de dichos planes.⁸⁸ En los países pobres no tiene sentido, desde un punto de vista económico, dedicar recursos educativos que ya son escasos para administrar tales planes a nombre de titulares extranjeros de derechos; dichos planes tienen costos de transacción extremadamente altos.

Tabla: Actividad de las RRO en los países en desarrollo

<i>País</i>	<i>Nombre</i>	<i>Creada en</i>	<i>1ª recaudación</i>	<i>1ª distribución</i>
Argentina	CADRA	2002	No reportó ninguna	No reportó ninguna
Chile	SADEL	2003	No reportó ninguna	No reportó ninguna
Colombia	CEDER	2000	No reportó ninguna	No reportó ninguna
Jamaica	JAMCOPY	1998	2001	No reportó ninguna
Kenia	KOPIKEN	1995	2000	No reportó ninguna
Malawi	COSOMA	Información no-disponible		
México	CEMPRO, SGC	1998	2002	2001 (pequeña)
Nigeria	REPRONIG	2003 (funcionando)	No reportó ninguna	No reportó ninguna
Singapur	CLASS	1999	2002	No reportó ninguna
Trinidad	TTRRO	1995	No reportó ninguna	No reportó ninguna
Uruguay	AUTOR	2004	No reportó ninguna	No reportó ninguna
Zimbabwe	ZIMCOPY	1995	No reportó ninguna	No reportó ninguna

(Diversas RRO funcionan hoy como 'sociedades de gestión colectiva' vinculadas a los medios, es decir además de derechos reprográficos también pueden distribuir regalías por la transmisión de obras en audiovisuales, radiofónicas, reproducción de CD, etc. N. del E.).

⁸⁶ Es interesante notar que los documentos publicados por la CCC no establecen cuánto fue distribuido a los titulares no-estadounidenses.

⁸⁷ En reiteradas oportunidades tratamos de contactar a ambas organizaciones para conversar sobre sus actividades, pero los intentos resultaron infructuosos.

⁸⁸ Alan Story, 'The heck with HECA: a critical analysis of the UK's Higher Education Copying Accord' (Al diablo con el HECA: un análisis crítico del Acuerdo de Copiado para la Educación Superior en el Reino Unido), en K. Brunstein y P.P. Sint, Eds. Information property, intellectual property and the new technologies (Propiedad de la información, propiedad intelectual y las nuevas tecnologías), (Austrian Computer Society, Viena 2002). Como resultado de la decisión del 13-12-2001 del Tribunal Británico de Copyright, la Agencia de Licenciamiento del Copyright, CLA, deberá ahora incluir el suministro de las compilaciones de materiales estudiantiles dentro de la licencia general que ofrece a las universidades y colegios universitarios británicos. Véase más en el Dossier la Sección 4.6.

Los extensos escritos de Denise Nicholson sobre la situación de Suráfrica⁸⁹ explican con mayor detalle los severos problemas de acceso que crean esos planes, especialmente en los estudiantes más pobres; también deben notarse los problemas que enfrentan las personas analfabetas debido al modelo de las sociedades de recaudación reprográfica (y debido a la restrictiva legislación del *copyright*). Finalmente, ya que los libros de texto representan el 90% de la publicación de libros en África y como dichos textos son relativamente baratos, el fotocopiado a gran escala y la distribución de copias infractoras de libros producidos en África no constituye un serio problema hoy en día. Sería difícil reproducir libros fotocopiados a un precio menor que el original; “cuesta más fotocopiar libros que comprarlos”, dijo el editor ghanés Richard Grabbe en una entrevista en 2001. Tal como señaló Grabbe, su compañía radicada en Ghana reduce adicionalmente sus precios hasta un nivel cercano al límite para exportar hacia algunos de los países más pobres de África. Por ello, la creación de una sociedad de recaudación reprográfica nacional no incrementaría significativamente los ingresos por concepto de regalías pagados a editores establecidos en África por el fotocopiado (u otro tipo de reproducciones) de sus propias obras.

Exportando al Sur el modelo de las sociedades de recaudación reprográfica (RRO)

A pesar de ello, la Federación Internacional de Organizaciones de Derechos Reprográficos (IFRRO) está actuando rápidamente en la resolución aprobada en 1996 por la Asociación Internacional de Editores (IPA), mencionada arriba, para crear una RRO en cada país del mundo; el área de crecimiento principal (y casi exclusiva) en los años transcurridos ha sido en países del Sur. Por otro lado, algunas de esas organizaciones internacionales todavía siguen siendo esencialmente simples 'cascarones', operados por una cantidad mínima de personal – tal vez por sólo una persona – y con muy poca presencia pública. La mayoría ha hecho pocas o ninguna distribución financiera, y sus registros financieros (al menos aquellos que están disponibles al público) no permiten ninguna evaluación detallada de sus operaciones reales tal como es posible en las agencias más desarrolladas como la surafricana DALRO. Sólo una de las nuevas RRO mencionadas anteriormente ha recibido algunos derechos de una RRO de otro país; en su último año fiscal terminado, CLASS (la Sociedad de Licenciamiento y Administración del Copyright de Singapur) recibió pagos recaudados en el extranjero que totalizaron 26,89 euros. Además, la OMPI es un activo partidario de las SGC y con el tiempo los 'cascarones' organizacionales que existen hoy pueden, convertirse en los más significativos receptores de ingresos, principalmente a favor de titulares de derechos provenientes del Norte. DALRO ofrece un ejemplo en ese sentido. En el caso de DALRO, este organismo efectuó pagos a otras RRO de todo el mundo (principalmente para la distribución a editores provenientes del Norte) por un monto de 404.573 euros en el último año de ejercicio financiero, en comparación con 136.523,07 euros en 1999; esto representa un incremento de cerca del 300% en menos de 5 años. En su último año de ejercicio financiero, DALRO recibió 25.534,22 euros de otras RRO, fundamentalmente, se supone, para distribuciones a titulares surafricanos de derechos; esto representa un incremento de cerca de 6.000 euros en el mismo período. Conclusión: la disparidad en el flujo de ingresos Norte/Sur está incrementándose.

Al mismo tiempo, hay una creciente y coordinada campaña de relaciones públicas por parte de las organizaciones internacionales de administración colectiva para exponer los beneficios de sus servicios y sistemas; un ejemplo es el sofisticado folleto realizado en 2004, 'De los artistas a la audiencia'; producido conjuntamente por la IFRRO, la CISAC (Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores) y la OMPI.⁹⁰ Es particularmente significativo el énfasis que ese panfleto pone en los beneficios de los sistemas de gestión colectiva para los países del Sur; de los 13 países presentados en 'De los artistas a la audiencia', siete están ubicados en el Sur o tienen rasgos propios del hemisferio Sur (Nigeria, Malawi, Suráfrica, Senegal, Singapur, Jamaica y México). En ese folleto, a la nigeriana REPRONIG (Sociedad de Derechos Reprográficos) que

⁸⁹ Disponible en Story, CIPR study (Estudio sobre la Comisión de Derechos de Propiedad Intelectual, del Reino Unido).

⁹⁰ Disponible en: http://www.ifrro.org/papers/booklet_wipo_cisac_ifrro.pdf

todavía no ha hecho una sola distribución, se le atribuye una facturación equitativa – en términos de espacio y diseño – con el estadounidense CCC (Centro de Autorización del Copyright Inc.), ente que recauda millones de dólares anualmente.

A nivel de las impresiones se sugiere que las sociedades de recaudación reprográfica tienen actualmente poca influencia en la recaudación de ingresos en el Sur, provenientes de los ingresos por impresiones realizadas a partir de Internet. Pareciera que los editores particulares recaudan dichos derechos por sí mismos mediante el uso de medidas de protección tecnológica (TRM siglas en inglés de gestión tecnológica de derechos) en combinación con sistemas de gestión de derechos digitales (DRM, siglas de gestión digital de derechos).

Actualmente, los ingresos recaudados y distribuidos por las RRO son mucho menores que los ingresos recabados por varias sociedades de recaudación basadas en la música.

Creación de los 'policías' del *copyright*

La sociedades de recaudación reprográfica son fundamentalmente una creación de la era de las fotocopias y constituyen lo que un analista denomina 'uso masivo' de obras con derecho de autor o *copyright* (a diferencia de un uso del mercado, por ejemplo la compra directa de un libro).⁹¹ Ya que este uso es virtualmente secreto, “es difícil que los titulares de los derechos sepan dónde comenzar a defender sus intereses”.⁹² Todavía hay una significativa cantidad de uso sin autorización en el Sur, por lo que la IFRRO, al igual que organizaciones como la OMPI, han presentado tres mensajes que se dirigen fundamentalmente a los representantes de los usuarios y a aquellos encargados, dentro de las organizaciones en el Sur, de vigilar el *copyright* (apodados 'policías del *copyright*').

- Respete el *copyright* y apoye a los autores (apenas se menciona a los principales beneficiarios, los editores);
- Usted tiene la responsabilidad (no los titulares) de pagar los abultados costos de transacción involucrados en las autorizaciones por *copyright*;
- Usted tiene el deber de aplicar las leyes de *copyright*.

El modelo de las sociedades de recaudación reprográfica tiene el potencial de crear ingresos significativamente mayores para los titulares de los derechos, sin aumentar ningún gasto. Tal como se mencionó arriba, a los usuarios les corresponde sufragar los principales costos de administración de esos planes. La expansión de este modelo hacia el Sur es un intento de entrapar a esos países en la red del *copyright* de la 'cosificación' del conocimiento y, con el tiempo, generar mayores ingresos, principalmente para los titulares de los derechos provenientes de los países del Norte. En el Norte, tanto el lapso de protección del *copyright* así como los derechos pagados por los concesionarios RRO existentes se basan, al menos retóricamente, en lo que es considerado el nivel apropiado de incentivo que se requiere para la producción de obras creativas. Si los que deciden las políticas del *copyright* en el Norte fueran coherentes, los crecientes ingresos pagados por los usuarios en el Sur – para el uso de las mismas obras producidas en el Norte y distribuidas en el Sur sin costo para los titulares – llevarían a la conclusión de que deberían reducirse el plazo de vigencia del *copyright* y los derechos por las RRO en el Norte. Sin embargo, no es un hecho que deberíamos esperar.

⁹¹ Paul Edward Geller, 'Reprography and other processes of mass use' ('Reprografía y otros procesos de uso masivo'), 30 Journal of the Copyright Society USA 21, 1990.

⁹² Ibid.

Sociedades de gestión colectiva y de recaudación para música y grabaciones

Estas organizaciones son cada vez más importantes a escala global y en el Sur; aunque no hay datos comparativos disponibles, podemos concluir con seguridad que las sociedades de gestión colectiva vinculadas con las grabaciones y la música generan ingresos significativamente mayores que las organizaciones de derechos reprográficos (debido a la amplia diseminación de la música y a una mayor base de mercado). Las sociedades de derechos reprográficos recaudan dinero principalmente en las instituciones educativas. Adicionalmente, muchas industrias culturales fundamentadas en la música hacen sus recaudaciones directamente, tal como se examina en la Sección 3 de este Dossier.

2.5 ¿Cuánto de este flujo de capital está relacionado con el *copyright*?

Incluso los analistas que escriben para publicaciones patrocinadas por el Banco Mundial, y que, por lo tanto, probablemente sean defensores del *statu quo*, aceptan que es sumamente costoso para los países en desarrollo mantener en funcionamiento un sistema nacional de PI acorde con los tratados internacionales, especialmente bajo las formas adoptadas después de los cambios en las reglas comerciales aprobados en 1994. Los analistas consideran que el sistema trae como resultado una extracción neta de capital.

El cumplimiento formal con el Acuerdo sobre los ADPIC impone enormes costos a los países en desarrollo. No sólo deben establecer registros de propiedad industrial que muchos de ellos no tenían con anterioridad, sino también tienen que cumplir con una amplia observancia de las obligaciones del acuerdo (artículos 41-61), que incluye medidas en frontera (artículos 51-60) y sanciones penales para combatir la 'piratería' y la falsificación (artículo 61). El alto costo económico del cumplimiento está, por supuesto, agravado por el hecho de que esos países son importadores netos de PI. Hablando desde un punto de vista monetario, el cumplimiento con el Acuerdo sobre los ADPIC conlleva una extracción de divisas desde los países en desarrollo.⁹³

La pregunta que cabe plantearse es si estos 'enormes costos' son recuperados luego por algunos beneficios hipotéticos en el futuro bajo la forma de innovaciones. Sin embargo, otra pregunta clave es cómo se constituye el flujo neto de capital, ya que esa información podría permitirnos evaluar mejor los alegados beneficios futuros. Es evidente que las operaciones de las sociedades de recaudación reprográfica, discutidas en la sección anterior, nos ofrecen indicios sobre cómo opera el mecanismo en un sector relativamente pequeño en relación con los pagos vinculados al derecho de autor o *copyright*.

En el caso de la organización surafricana DALRO, la Organización de Derechos Dramáticos, Artísticos y Literarios Ltd., tenemos cifras muy detalladas de los montos recaudados y distribuidos, publicados en el sitio *web* de la IFRRO, mencionado anteriormente. A partir de esas cifras podemos ver que una parte muy significativa de los derechos recaudados ha sido distribuida en el extranjero.

⁹³ Coenraad J. Visser, 'Making intellectual property laws work for traditional knowledge' ('Haciendo que las leyes de propiedad intelectual funcionen a favor del conocimiento tradicional') en J. Michael Finger y Philip Schuler (Eds.), *Poor people's knowledge: promoting intellectual property in developing countries* (El conocimiento de la gente pobre: promoviendo la propiedad intelectual en los países en desarrollo), (Washington DC: World Bank, 2004), p. 208, énfasis añadido.

Años fiscales 2002-2003	Monto en euros	Monto en rands (R)	Porcentaje
Derechos nacionales recaudados		7.918.722,52	
Derechos remitidos desde el exterior	25.534,22	222.944,93	
Ingresos totales		8.141.667,45	100 %
Derechos nacionales distribuidos en Suráfrica		2.148.387,80	26,4 %
Derechos nacionales enviados al exterior	404.573,02	3.532.416,01	43,4 %
Distribución total		5.680.803,81	
Gastos administrativos		No especificados	

Sin embargo, estas cantidades son relativamente pequeñas y están específicamente relacionadas con el sector de la educación superior. Para contestar a la pregunta de una forma útil y comprensiva, deberíamos cuantificar sistemáticamente varios factores. Antes que nada, debemos estar en capacidad de especificar con cierta exactitud cuál es la salida total de capital en los pagos por derechos de PI, de un país determinado o de un conjunto de países, y en un lapso de tiempo específico. En el mejor de los casos, esto se debe relacionar también con la contribución total de la 'economía creativa' o de las 'industrias del *copyright*' al Producto Interno Bruto (PIB) de ese país en el mismo período, e incluiría los pagos atribuibles a las licencias por patentes extranjeras, las marcas comerciales y otras formas de propiedad intelectual. Hay datos concretos disponibles para tal ejercicio; sin embargo, hay algunos graves inconvenientes, como bien ha señalado Keith E. Maskus.

*...(aunque) las regalías y los derechos de licencia son la medida más directa disponible de las ganancias internacionales en las patentes, marcas registradas, copyright y secretos comerciales (...esos indicadores) son medidas imperfectas del valor del intercambio tecnológico. Dentro de una firma multinacional, los derechos cobrados a una filial pueden depender de las estructuras tributarias internacionales. Además, la fijación del precio óptimo de la información constituye un problema complejo y los recibos de los derechos de licencia y los ingresos por concepto de inversiones pueden ser indicadores poco confiables del valor económico de los activos intelectuales.*⁹⁴

Esto es evidentemente cierto, especialmente con respecto a los productos con derecho de autor o *copyright*. En un país tal como Suráfrica, que tiene un sector editorial que funciona, los libros extranjeros se pueden traer al país de varias maneras: por importación directa de una edición impresa en el exterior, mediante importación de las hojas que se encuadernarán en una edición local por una imprenta nacional o por recomposición total del libro. En cada caso, debería separarse de otros costos cierta proporción de la salida de capital, con el fin de atribuirla a los derechos de PI.

Maskus ha publicado datos seleccionados de las estadísticas sobre balanza de pagos del Fondo Monetario Internacional (FMI) para cuantificar el flujo de regalías y derechos en casos específicos. Sin embargo, el experto precisa que "muchos países no compilan datos confiables e integrales sobre dichos flujos"⁹⁵ por lo que esta clase de análisis resulta difícil. Sin embargo, la mayoría del análisis de Maskus se centra en el efecto que un régimen fuerte de patentes nacionales tiene en la inversión extranjera directa de los países en vías de desarrollo, más que en los asuntos relacionados con el *copyright* en sí mismo; su interés se dirige fundamentalmente a cuestiones vinculadas con la transferencia de tecnología. Como él precisa, "la protección de la propiedad intelectual ha adquirido una gran importancia para las empresas multinacionales".⁹⁶

⁹⁴ Maskus, 'The role of intellectual property rights in encouraging foreign direct investment and technology transfer' (El papel de los derechos de propiedad intelectual en el fomento de las inversiones extranjeras directas y la transferencia de tecnología) en Carsten Fink y Keith E. Maskus (Eds.), *Intellectual property and development: lessons from recent economic research* (Propiedad intelectual y desarrollo: lecciones extraídas de recientes investigaciones económicas), (Washington DC: World Bank, 2005), p. 45.

⁹⁵ Ibid. p. 43.

⁹⁶ Ibid. p. 62.

2.6 De cómo el 'trato nacional' aumenta la salida neta de capital desde el Sur

¿Qué es el trato nacional?⁹⁷

"El principio del trato nacional", según un reconocido abogado especializado en *copyright* internacional, "ha demostrado ser el principio fundamental del *copyright* y de los convenios sobre derechos conexos por casi un siglo".⁹⁸ Un grupo especial de la OMC sobre solución de diferencias adoptó una visión similar en cuanto a la importancia de la noción del trato nacional para las relaciones internacionales del derecho de autor o *copyright*.⁹⁹ El concepto de trato nacional fue proclamado por primera vez en una conferencia de autores celebrada en 1878, y que precedió el Convenio de Berna (el principal tratado internacional sobre *copyright*, firmado en 1886), dicho concepto se convirtió en una característica dominante no solamente del propio Convenio de Berna, sino también de los tratados y acuerdos internacionales sobre propiedad intelectual subsecuentes, tales como el acuerdo sobre los ADPIC.¹⁰⁰

El trato nacional, que en ocasiones se etiquetó como el principio de asimilación, significa "la asimilación completa (para los propósitos del *copyright*) de los extranjeros como si fueran nacionales"¹⁰¹ y se ha definido como una "norma de no-discriminación, que promete a los creadores extranjeros que participan dentro de la protección de un tratado que gozarán del mismo trato para sus creaciones en el país protector que la protección que ese país protector ofrece a sus propios ciudadanos".¹⁰²

En pocas palabras, el trato nacional significa un trato igualitario o una protección similar por las leyes del *copyright* a las obras poseídas por nacionales y no nacionales sin distinción. Así es cómo funciona en la práctica: Asumiendo que los países X e Y son miembros del Convenio de Berna (y teniendo en cuenta que en enero de 2006 había 160 miembros, incluidos todos los 'principales' países del mundo, lo que generalmente es una suposición cierta), si un residente o un ciudadano A del país X produce una obra en el país X que también se utiliza en el país Y, la obra de A debe ser protegida en Y con la misma base jurídica como la obra del escritor B (quien es un residente/ciudadano de Y) es protegida en el país Y. Utilizando el mismo ejemplo y aplicándolo a la cuestión de la duración del *copyright*,

⁹⁷ El presente artículo se basa en Alan Story, 'Burn Berne: Why the Leading International Copyright Convention Must be Repealed,' ('Quemar a Berna: ¿Por qué debemos rechazar el principal Convenio Internacional sobre Copyright') 40 University of Houston Law Review, 763 (2003).

⁹⁸ Stephen M. Stewart, International Copyright and Neighbouring Rights (*Copyright* internacional y derechos conexos), (2a Edic. 1989), p. 42 (énfasis añadido). Otros analistas han examinado la 'omnipresencia' del principio de trato nacional en el Convenio de Berna, como se evidencia en el hecho de que hay solo tres excepciones al trato nacional en ese Convenio), y han señalado que la 'norma de preservación de las fronteras en el trato nacional continúa siendo la piedra angular de Berna y de los acuerdos que le sucedan' y llegó a la conclusión de que el trato nacional constituye 'el fundamento' de Berna, así como del Convenio de París que trata de patentes y marcas comerciales.

⁹⁹ Véase el Informe del Órgano de Apelación de la OMC sobre Estados Unidos – Sección 211 de la Ley Omnibus de Asignaciones de 1998, §240–242, WTO Doc. WT/DS176/AB/R (2 de enero de 2002).

¹⁰⁰ Artículo 3, Acuerdo sobre los ADPIC (el cual afirma que los países miembros deben conceder un trato equitativo 'con respecto a la protección de la propiedad intelectual').

¹⁰¹ Stephen P. Ladas, The International Protection of Literary and Artistic Property (La protección internacional de la propiedad literaria y artística) Vol. 1 (1938) p. 365.

¹⁰² Paul Goldstein, International Copyright: Principles, Law and Practice (*Copyright* internacional: principios, leyes y práctica), (Oxford: Oxford University Press, 2001), p. 72.

todas las obras en Y – independientemente de que sean producidas por A o por B – deben tener la misma duración del *copyright* en Y (por ejemplo, la vida del autor más 50 años, o más 70 años (por ejemplo en EE UU o en Europa) o más 100 años (o como lo hizo hace poco México bajo presión de EE UU).¹⁰³

En cuanto a la justificación filosófica o política, se considera que el trato nacional está "acorde con el ideal del derecho internacional según el cual todos los hombres (sic) son iguales ante la Ley, independientemente de que sean nacionales o extranjeros".¹⁰⁴ Así pues, en un nivel, el concepto de 'trato nacional' parece promover los valores encomiables de la igualdad y no discriminación, especialmente contra los no-nacionales. No obstante, como el Tribunal Supremo de EE UU concluyó en otro contexto, "en ocasiones la discriminación más grave puede consistir en tratar cosas que sean diferentes como si fueran exactamente iguales".¹⁰⁵ En un caso ventilado ante la Corte Internacional de Justicia en 1966, un juez reconoció que si puede establecerse un caso válido para el denominado 'trato diferenciado', una corte debe necesariamente, como cuestión de justicia, adoptar medidas para actuar de acuerdo a esa diferencia; tal como escribió el juez Tanaka: "tratar de una manera diferente asuntos desiguales, tomando en cuenta su desigualdad no sólo es permitido sino indispensable".¹⁰⁶ Sin embargo, la jurisprudencia del Convenio de Berna rechaza este enfoque. En consecuencia, esto es lo que en la práctica significa el concepto de 'trato nacional', para todos los países del Sur: por ejemplo, en el caso de Tanzania, todos los bienes culturales (obras de ficción, películas, etc) que se producen nacionalmente, regionalmente (por ejemplo en la región oriental de África) o en cualquier país amparado por el Convenio de Berna (por ejemplo Estados Unidos, el Reino Unido o Japón) deben recibir el mismo trato para los fines del *copyright*, independientemente de la diferencia que exista en las condiciones en que sean producidas, la importancia de las obras, el sistema de prioridades nacionales establecidas para su uso, etc.¹⁰⁷

Para concluir: Lo que tratan de hacer los regímenes internacionales de *copyright* es reducir y homogeneizar todas las formas de producción cultural a un fenómeno propietario único, unidimensional, es decir, a una mercancía capitalista y luego proclamar la igualdad esencial de todas las mercancías en el mercado global. Todos los demás aspectos o características de dicha producción se descuidan, o de hecho se suprimen. A partir de esto podemos extraer dos conclusiones básicas: **En primer lugar**, es incoherente alegar que los países del Sur deben, para los fines del *copyright*, reconocer dentro de sus propias fronteras la igualdad legal y formal de todas las creaciones culturales y artísticas producidas en todo el planeta cuando, en tantas otras dimensiones, hay una desigualdad y disparidad extrema en las condiciones de la producción y el uso en todo el mundo. **En segundo lugar**, el trato nacional no funciona en favor de los intereses de los países del Sur, sino más bien refuerza el poder de los países ricos e industrializados y de sus titulares de derechos. Las leyes que obligan al trato nacional pueden fomentar la igualdad formal, pero *reproducen la desigualdad sustancial*.¹⁰⁸ De hecho, una de las principales causas de

¹⁰³ Nota: Sobre la cuestión de la duración, la Unión Europea NO sigue realmente esta práctica, ya que discrimina a los países que no tienen las mismas elevadas condiciones de vida del autor, más 70 años. Sin embargo, este es un asunto que está fuera del alcance de esta sección.

¹⁰⁴ Stewart, *op cit.* en p. 38.

¹⁰⁵ *Jenness Vs. Fortson*, 403 EE UU 431, 442 (1971).

¹⁰⁶ *South West Africa* (Dissenting opinion Tanaka), (Opinión disidente de Tanaka), Segunda Fase, Juicio. Informes ICJ (1966) 6, en p. 306. Como lo explicó el Juez Tanaka en las páginas 303-304: "El principio de igualdad ante la ley no significa la igualdad absoluta, es decir el trato igual de los hombres sin tener en cuenta las circunstancias individuales y concretas. Por el contrario, significa la igualdad relativa, es decir el principio de tratar con igualdad lo que es igual y de forma desigual lo que es desigual".

¹⁰⁷ Hay una excepción que puede utilizarse en ciertos casos especiales, la llamada 'prueba de los tres pasos' del Convenio de Berna, pero que tiene un uso extremadamente limitado por parte de los países del Sur y está fuera del alcance de esta sección. Véase la Sección 4.12.

¹⁰⁸ Refiriéndose a las condiciones existentes en París en 1894, Anatole France escribió, en una de sus frases más conocidas, que "la majestuosa igualdad de las leyes prohíbe, tanto a ricos como a pobres, dormir bajo los puentes, mendigar en las calles y

la actual desigualdad entre las naciones ricas y pobres se debe a los derechos de propiedad intelectual privados de las naciones más ricas y de los titulares de derechos más ricos. Estas desigualdades se agravan por el mismo hecho de mantener y hacer cumplir esos derechos de propiedad privados.

Los efectos económicos del 'trato nacional' en el Sur, especialmente con respecto a los flujos de capital

Para las mercancías culturales protegidas por el derecho de autor o *copyright* producidas en países industrializados ricos (y es allí donde globalmente se produce la mayoría de tales mercancías, como fue detallado en la sección 2.2) y usados en el Sur, el requisito de 'trato nacional' asegura que, al menos en términos del *copyright*, tales obras no pueden ser objeto de ninguna protección similar a las de los aranceles que favorezcan o que den ventaja a las mercancías producidas nacionalmente. Así, a manera de ejemplo, la recaudación y circulación de los pagos de los derechos del *copyright* no tiene ningún tipo de trabas. De hecho, el enfoque de 'trato nacional' actúa en gran medida sin ningún tipo de fronteras, 'el mundo entero es un solo mercado', con una orientación favorable a la globalización. Por ejemplo, un país en el Sur podría decidir que, para construir sus propias industrias culturales nacionales, necesitaría dar un trato privilegiado a los bienes producidos nacionalmente. O bien dicho país del Sur podría decidir que la traducción desde (o hacia) ciertos idiomas debe recibir un trato favorable. O ese país podría decidir que las disposiciones del *copyright* sobre 'trato justo' y 'uso justo' pudieran funcionar de forma diferenciada para las obras nacionales con respecto a las obras extranjeras. O, para dar un último ejemplo, un país del Sur podría decidir que es necesario tener diversas políticas con relación al pago a las sociedades recaudadoras para las mercancías nacionales con *copyright* en comparación con las mercancías extranjeras. El 'trato nacional' bloquearía, al menos en teoría, cualquiera de estas políticas alternativas para un país del Sur (Sin embargo, como hay muy poca jurisprudencia en tales asuntos, es difícil asegurar cuál sería el fallo que un grupo especial de la OMC dictaría para dar solución a las diferencias en un asunto de esa naturaleza).

Por el contrario, las mercancías culturales producidas en el Sur y usadas en el Norte ganan poco en el Norte con el 'trato nacional' porque hay – por un gran número de razones – un mercado relativamente pequeño en el Norte para tales bienes. Y si no se aplica en el Norte el 'trato nacional' para las mercancías producidas en el Sur, es muy poco probable que los creadores del Sur se enteren de tal trato discriminatorio o que tengan los recursos para enfrentar ese trato.

Del mismo modo, debemos estar claros que cuando un país como México eleva la duración de su *copyright* a la vida del autor, más 100 años (esto significa que si una obra se produce en 2005 y el autor muere en 2055, el *copyright* se extiende hasta 2155, – es decir 150 años después de la publicación –) y que cuando se exige que los autores mexicanos y no-mexicanos reciban la misma protección, los autores que *no son oriundos de México* serán los principales beneficiarios de tal protección. ¿Por qué? Porque son mucho más numerosos y producen obras mucho más valiosas desde el punto de vista económico. De hecho, ésta es la razón por la cual EE UU aplicó una fuerte presión a

robar para conseguir el pan". Anatole France, *El lirio rojo*, 1895 (Winifred Stephens Trans., 1930), (sugiriendo que si los que 'no son semejantes' tienen que enfrentar leyes aplicadas igualitariamente, el hacer cumplir leyes que se dirigen a la propia naturaleza de su "desemejanza" o diferencia no trae como resultado la igualdad sino una desigualdad sustancial).

México durante las recientes negociaciones de libre comercio, para que extendiera la duración de su *copyright*.¹⁰⁹

El resultado, en términos generales, es el siguiente: las mercancías culturales que ya son económicamente más valiosas y tienen mayor demanda (por ejemplo las series estadounidenses en América Latina) serán los beneficiarios principales del 'trato nacional'; los mayores productores de obras protegidas con *copyright* tienen mucha más propiedad intelectual que proteger.

¹⁰⁹ Para mayor información sobre la duración del *copyright*, véase la Sección 4.2.

**¿PORQUÉ SE VINCULA
EL COPIADO
CON EL ROBO,
AUNQUE EL ORIGINAL
NO DESAPAREZCA?**

BUENA PREGUNTA