

10 de Agosto de 2010

Sr. Felipe Calderón Hinojosa
Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos
Residencia Oficial de los Pinos Casa Miguel Alemán
Col. San Miguel Chapultepec, C.P. 11850, D.F., México

Estimado Señor Presidente:

Knowledge Ecology International (KEI) es una organización no gubernamental sin fines de lucro que desarrolla investigación en mejoras para la gestión de fuentes de información, con especial preocupación por la justicia social, particularmente de la población más vulnerable, incluidas personas con bajos ingresos y grupos marginados.

En el contexto de las negociaciones de un Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA), tras haber revisado el texto de su versión consolidada al 1º de Julio del 2010, nos ha parecido oportuno dirigir la atención del Gobierno de México hacia las disposiciones del mencionado Acuerdo que podrían implicar una modificación significativa en el régimen de propiedad intelectual del país, en especial aquellas que afectan directamente los derechos fundamentales de los ciudadanos y de los consumidores, el adecuado funcionamiento del mercado, y el desarrollo de las industrias locales.

Sin el afán de ser exhaustivos, KEI aprecia que existen ciertas disposiciones del borrador del ACTA que, de ser aprobadas, requerirían la adopción de nuevas disposiciones legales relativas a propiedad intelectual e industrial, relativas al funcionamiento de la Internet, a la protección de datos personales, a la indemnización de perjuicios, y a la observancia de las normas de propiedad intelectual en general, entre otras. El ACTA limitaría, además, la capacidad de México para buscar mejores soluciones legales y modelos de negocios en el futuro, y dificultaría la habilidad del país para competir en la economía digital y diseñar mecanismos de incentivo para promover la innovación y el acceso al conocimiento, incluidas las tecnologías biomédicas.

En relación a los derechos de autor, el ACTA obliga a los

países parte a sancionar criminalmente conductas que no están sancionadas globalmente, tales como la elusión de medidas de protección tecnológicas, la distribución de dispositivos que permiten dicha elusión, la remoción de información sobre gestión de derechos, y, en general, la infracción de los derechos de autor sin fines de lucro (Vid, Artículos 2.14, 2.18.4 y 2.18.6 del ACTA¹). Estas conductas no están hoy sancionadas criminalmente en México (Vid, Artículos 424 *et seq* del Código Penal Federal) y algunas de ellas no son sancionadas penalmente siquiera en otros países desarrollados. En algunos casos, la criminalización de tales conductas amenaza la competitividad del mercado y daña los derechos de los consumidores.

Respecto de la información diseminada a través de la Internet, el Acuerdo impone a los prestadores de servicio de Internet la obligación de adoptar nuevas medidas de policía en contra de los usuarios (Vid, Artículo 2.18.1, 2.18.2 y 2.18.3 del ACTA). Estas medidas no existen actualmente en la legislación de México, y no existe acuerdo internacional que específicamente requiera su implementación de acuerdo a como es requerido en la propuesta de texto del ACTA. Dichas medidas incrementarán los costos de operación de los prestadores de servicio de Internet; socavarán la competitividad de las empresas locales; y, en algunos casos, amenazarán los derechos fundamentales de las personas, tales como la libertad de expresión, la privacidad, y el derecho de acceso a los progresos de la tecnología.

En cuanto al derecho a la privacidad y el derecho a la protección de los datos personales, el ACTA requiere la adopción de medidas destinadas a identificar usuarios de Internet respecto de eventuales infracciones a los derechos de propiedad intelectual cometidos en la Internet [o eventualmente en un más amplio entorno digital] (Vid, Artículo 2.18 del ACTA). Tal como es actualmente propuesto, el texto del ACTA parecería obligar a México a modificar su recientemente adoptada Ley Federal sobre Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares. Como una garantía para el ejercicio de los derechos fundamentales y dado que la mayor parte de los países limitan el acceso a información personal de usuarios de Internet a delitos graves, es recomendable que el ACTA también limite sus disposiciones sobre identificación de usuarios solamente a tales delitos.

En relación con la observancia de los derechos de propiedad intelectual, el texto actual del ACTA limitaría flexibilidades esenciales para la promoción

¹ Todas las referencias al ACTA aquí y en lo sucesivo lo son al texto consolidado al 1º de Julio del 2010.

del interés público, incluyendo aquellas relativas al otorgamiento de medidas cautelares y recursos legales actualmente disponibles en el Artículo 44.2 del Acuerdo sobre los ADPIC. México debería apoyar la propuesta de Canadá y Australia que permitiría a cada país preservar o introducir excepciones legales en relación a medidas cautelares en su derecho interno (Vid, Artículo 2 del ACTA).

En cuanto a la indemnización de perjuicios, el ACTA obliga a las autoridades judiciales a considerar siempre los métodos de valoración presentados por los titulares de derechos al momento de determinar el monto de dicha indemnización, incluyendo específicamente en el ACTA el precio de venta sugerido para los bienes (Vid, Artículo 2.2.1 del ACTA). Algunas propuestas del ACTA también extenderían el rol de montos de perjuicios preestablecidos por ley, permitiendo a los titulares de derechos la elección discrecional entre indemnización fijada por ley e indemnización sobre la base de los perjuicios (Vid, Artículo 2.2.3 del ACTA). Estas disposiciones, de suyo controvertidas internacionalmente, son desconocidas en el régimen legal de México, en el cual la indemnización tiene por objeto reparar los perjuicio provocados por la infracción y no servir de fuente para un enriquecimiento injusto. Adicionalmente, la falta de flexibilidades en el actual texto del ACTA contraría algunas limitaciones disponibles hoy en la legislación interna de México (Vid, por ejemplo, Artículo 216 bis de la Ley Federal de Derechos de Autor).

Con respecto a medidas cautelares e indemnización de perjuicios por infracción a los derechos, KEI llama la atención de México acerca de la importancia de esta materia para resolver el estado de las denominadas obras huérfanas, aquéllas cuyo titular de derechos es desconocido o imposible de localizar. Algunos países, incluido los Estados Unidos, han propuesto como mecanismo para facilitar el acceso a tales obras la adopción de limitaciones en las medidas cautelares y remuneraciones. Dicha política podría ser imposible bajo algunas de las disposiciones ahora encontradas en el texto en negociaciones del ACTA, tal como las concernientes a la disponibilidad de las mencionadas medidas cautelares y/o a la determinación de indemnizaciones sobre la base del valor indicado por el titular de derechos.

Respecto de la responsabilidad gubernamental en la observancia de las leyes sobre propiedad intelectual, el ACTA obliga a la adopción de medidas de oficio por las autoridades aduaneras, judiciales y de persecución criminal (Vid, Artículos 2.7 y 2.17 del ACTA). En México, la persecución criminal de oficio es desconocida en propiedad industrial (Vid, Artículo 223 Ley de Propiedad Industrial) y

limitada a ciertas infracciones a los derechos de autor (Vid, Artículo 429 Código Penal Federal). En los procedimientos aduaneros de México, las autoridades aduaneras no actúan de oficio, sino que a requerimiento de las autoridades judiciales y/o administrativas (Vid, Artículos 144 y 148 Ley de Aduanas). Sin embargo, la autoridad aduanera debe colaborar con las autoridades extranjeras de acuerdo con la ley mexicana y con los tratados internacionales en los cuales México es parte. Ya que la legislación interna incluye la referencia a los tratados en los cuales el país es parte (Vid, Artículos 1 y 3 Ley de Aduanas), ciertas disposiciones del ACTA sería auto-ejecutables. A este respecto, nos llama la atención que México haya respaldado la exigencia de actuaciones de oficio por la autoridad aduanera no sólo para la importación de bienes, sino también para su exportación y para aquéllos en tránsito (Vid., Artículo 2.7 Opción 1 del ACTA). Esto es particularmente amplio y problemático si las medidas en frontera del ACTA son finalmente aplicadas a un amplio abanico de derechos de propiedad intelectual, incluidas las patentes, diseños de semiconductores, indicaciones geográficas, diseños industriales, cotidianas infracciones a los derechos de autor y casos de infracción marcaria con marcas confusamente similares. Por otro lado, si el texto del ACTA sobre actuaciones de oficio se limitase sólo a casos graves de falsificación y piratería de los derechos de autor, las disposiciones parecerían más apropiadas. En este punto felicitamos el esfuerzo del Gobierno de México por reducir el ámbito de aplicación de las actuaciones de oficio por autoridades aduaneras a falsificación marcaria y piratería de los derechos de autor, excluyendo otras infracciones.

En consecuencia, si el ACTA incluye acciones de oficio por las autoridades aduaneras y México llega a ser parte del Acuerdo, dichas acciones deberían aplicar a las autoridades mexicanas aún sin necesidad de una ley que las implemente. En breve, el Acuerdo generalizará las actuaciones de oficio por las autoridades aduaneras, judiciales y de persecución criminal; esto presumiblemente incrementará el gasto público en la protección de intereses privados.

Finalmente, el ACTA carece de varias de las importantes medidas de resguardo incorporadas en la legislación de México y en el Acuerdo sobre los ADPIC que aseguran un adecuado balance en las reglas sobre observancia de los derechos de propiedad intelectual. A este respecto, nos sorprende y preocupa que México respalde a los Estados Unidos, Japón, y Corea en su oposición a incluir medidas de resguardo relativas al control de abuso de derechos, prácticas anticompetitivas y aquellas relativas a la protección de la salud pública o la transferencia de tecnologías (Vid., Artículo 1.X del ACTA). La falta de medidas de resguardo dañará la competencia y la capacidad de los gobiernos para adoptar políticas públicas que alienten la innovación y que desvinculan el

costo de la innovación del precio de los bienes. Al respecto nos preguntamos si los servicios gubernamentales responsables de las políticas de salud pública y libre competencia han sido consultados sobre el particular.

En suma, la eventual adopción del actual texto del ACTA implicará no sólo la modificación de la Ley Federal de Derechos de Autor y de la Ley de Propiedad Industrial, sino también del Código Penal Federal, la Ley Federal sobre Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, y posiblemente de la Ley de Aduanas, el Código Federal de Procedimientos Civiles, y el Código Federal de Procedimientos Penales, entre otras leyes..

Afortunadamente, a diferencia de otros países, México dispone de una importante ventaja al tomar parte directamente en las negociaciones del ACTA. En consecuencia, México tiene el poder de influir en la redacción del Acuerdo, rechazando aquellas disposiciones que comprometen seriamente el interés público del país y, al mismo tiempo, proponiendo la inclusión de flexibilidades dirigidas a favorecer políticas públicas que protejan los derechos fundamentales de sus ciudadanos, garanticen un adecuado funcionamiento del mercado, provean apropiada protección a los derechos de los consumidores, y promuevan el desarrollo de las industrias locales, en especial en las áreas de la cultura y la tecnología.

En caso de requerirlo, estaremos encantados de brindar a Usted cuanta información adicional estime necesaria. Para este efecto, puede Usted contactarnos al correo electrónico alberto.cerda@keionline.org

Agradeciendo desde ya por su tiempo y consideración, le saluda a Usted muy cordialmente,



Alberto Cerda Silva
Research Associate
Knowledge Ecology International