



ONG Derechos Digitales es una organización no gubernamental cuya misión es promover la defensa y protección de los derechos fundamentales en el entorno tecnológico.

4 de febrero de 2010

Stanford K. McCoy
Assistant U.S. Trade Representative for Intellectual Property and Innovation
Office of the United States Trade Representative
600 17th St NW, Washington, DC 20006

Re: Special 301 Review
Docket no. USTR-2010-0037

Estimado Sr. McCoy:

Le escribo en representación de ONG Derechos Digitales, una organización no gubernamental y sin fines de lucro domiciliada en Santiago de Chile, a efectos de proveer comentarios respecto del Reporte Especial 301 correspondiente al año 2011.

ONG Derechos Digitales cree que Chile no debería ser incluido en lo sucesivo en la Priority Watch List. Desafortunadamente, como es explicado en el memorándum que se adjunta, en anteriores años, Chile ha sido injustamente incluido en la mencionada lista, a pesar de sus notorias y progresivas mejoras y esfuerzos constatados mediante la ratificación de instrumentos internacionales sobre propiedad intelectual, la implementación de ellos en su derecho interno, la actualización de su legislación, y el adecuado respeto de los mencionados derechos ante los tribunales en lo criminal y en lo civil.

Esperamos que este año, a diferencia de los precedentes, la injusta calificación de Chile en la Priority Watch List sea remediada, al excluir al país de tal lista y reconocer apropiadamente el enorme esfuerzo hecho hasta ahora por su socio comercial.

Atentamente,

Claudio Ruiz Gallardo
Presidente
ONG Derechos Digitales

**Memorandum sobre la inclusion de Chile en la
Priority Watch List por el Reporte Especial 301 de 2010**

Washington Dc, 3 de febrero, 2011.

El 2010, y por cuarto año consecutivo, el Reporte Especial 301 incluyó a Chile en la Priority Watch List. A pesar de estar al tanto de los esfuerzos del país por incrementar la protección de la propiedad intelectual, Estados Unidos insiste en incluir a Chile en la Priority Watch List, lo que disminuye la imagen del país, falla en reconocer los progresos, y suscita preocupación sobre el injusto trato que Estados Unidos da a su aliado comercial. En ese contexto, este memorandum rebate las preocupaciones levantadas por el Reporte Especial 301 de 2010 sobre Chile y , así también, argumentar que este país no debería estar incluido en la Priority Watch List este año.

En los últimos años, Chile ha tomado sistemáticamente medidas orientadas a la protección de la propiedad intelectual. El 2003, Chile firmó el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos (TLC) y el Tratado de Asociación con la Unión Europea, incluyendo en ambos provisiones en materia de propiedad intelectual. El 2004, entró en vigencia la primera ley que implementaba los compromisos asumidos en materia de derechos de autor. El 2005 y 2007, legislación de implementación fue adoptada en materia de patentes. El 2008, se creó una unidad policial especializada para tratar temas de propiedad intelectual. El 2009, Chile se hace parte del Tratado de Cooperación de Patentes, y entró en funciones un moderno servicio nacional- el Instituto Nacional de Propiedad Industrial- y un tribunal especial en propiedad industrial. El 2010, tras tres años de debate legislativo, Chile modificó su ley de propiedad intelectual para facilitar su cumplimiento, mediante el aumento de las penas, la mejora de procedimientos judiciales, y el establecimiento de un sistema de responsabilidad para los proveedores de internet en casos de infracciones al derecho de autor en línea. En suma, Chile ha trabajado duro en la protección de la propiedad intelectual, reforzando sus instituciones, asumiendo compromisos internacionales, y modificando su legislación nacional.

A pesar de los mencionados esfuerzos, Chile fue incluido en la Priority Watch List del Reporte Especial 301 de 2010. Este Reporte mencionó cuatro razones para justificar la inclusión del país en la mencionada lista, que están relacionados con: la implementación de compromisos internacionales en la ley nacional; el fortalecimiento de los derechos de propiedad intelectual; la adhesión a instrumentos internacionales en la materia; y, la protección de productos farmacéuticos. Es necesario explicar con algún detalle cada una de tales razones.

Chile ha implementado apropiadamente en su legislación interna sus compromisos internacionales en propiedad intelectual. El Reporte Especial 301 de 2010 reprochó que la legislación chilena no llegó a abordar plenamente sus compromisos multilaterales y bilaterales, y lo demuestra en una supuesta ausencia de protección contra la elusión de medidas tecnológicas de protección (MTP). Sin embargo, la implementación chilena en la legislación interna ha cumplido todos los compromisos internacionales asumidos. De hecho, el ejemplo mismo que da el Reporte es inadecuado, porque ignora como funciona el régimen legal y el verdadero compromiso asumido por Chile en el TLC. Primero, Chile no tiene disposiciones especiales respecto de MTP, pero las disposiciones generales de la ley penal y civil son plenamente aplicables, así con el Código Civil para la indemnización de daños, la Ley 19.223 y el Código Penal para el acceso ilegal y otros daños; Chile tiene una protección general para las MPT. Segundo, ni los Tratados Internet de la OMPI ni el TLC (artículo 17.7.5), a diferencia de otros TLC firmados por Estados Unidos, requieren medidas legales específicas o sanciones criminales: aún así, siendo poco satisfactorio, particularmente para los consumidores, Chile ya tiene protección para las MTP. En consecuencia, Chile ha implementado apropiadamente sus compromisos internacionales en la legislación interna.

Chile tiene un fuerte sistema de persecución penal para las infracciones a la propiedad intelectual. El segundo reproche del Reporte Especial 301 del 2010 sobre Chile está precisamente relacionado con el efectivo cumplimiento de los derechos de propiedad intelectual; Estados Unidos expresa preocupación en relación a la baja persecución y castigo aplicados a la falsificación y piratería en Chile. Esta crítica carece de toda base y, de hecho, es completamente desmentida por las estadísticas del país. Como resultado de la reciente reforma al sistema procesal penal y de la creación de una unidad especializada en la policía dedicada a las infracciones a la propiedad intelectual, la persecución penal

ha mejorado impresionantemente. Por ejemplo, de acuerdo a información del Instituto Nacional de Estadísticas, el año 2006 sólo hubo 20 sentencias en delitos contra la propiedad intelectual, el 2007 la cifra aumentó a 1652, y el 2008 llegó a 2487. A diferencia de años anteriores, hay además una relación más cercana entre la cantidad de procesos y sentencias. Adicionalmente, las reformas legales recientes han introducido mecanismos para hacer los procesos más efectivos, particularmente en relación a las infracciones en Internet, y ha adoptado sanciones penales incluso para infracciones cometidas sin fines de lucro. En consecuencia, las preocupaciones respecto de la persecución y la sanción de las infracciones son infundadas y demuestran una falta de análisis de la información disponible; de hecho, el problema actual es que Chile se está convirtiendo en un ambiente extremadamente punitivo respecto de los derechos de propiedad intelectual.

Chile ha hecho un notorio progreso en la ratificación de instrumentos internacionales en propiedad intelectual. El tercer reproche del Reporte Especial 301 de 2010 a Chile es la falta de ratificación de algunos instrumentos internacionales en propiedad intelectual. El 2009, Chile accedió al Tratado de Cooperación de Patentes, por lo tanto, las quejas actuales se limitan a ratificar el Tratado de Protección de Nuevas Variedades de Plantas (Convención UPOV) (1991) y el Tratado de Ley de Marcas (TLT). Respecto a la Convención UPOV, hay que decir que Chile es parte de ella, pero de su acta previa, no de la última; sin embargo, Chile ha implementado varias de las disposiciones de la última acta y la adhesión al mencionado tratado fue enviada al Congreso y aprobada por la Cámara de Diputados el 2009, restando sólo su aprobación por el Senado. Respecto al TLT, aún se necesita seguir el proceso legislativo completo antes de su ratificación por Chile. Sin embargo, de acuerdo a información del sistema OMPI, de entre sus 184 países miembros, sólo 49 han ratificado el TLT y menos de 50 la Convención UPOV de 1991; por consiguiente, la mera falta de ratificación de los recién mencionados instrumentos no es un argumento real ni suficiente para calificar a Chile en la próxima Priority Watch List.

Chile provee protección a los productos farmacéuticos en pleno cumplimiento con sus compromisos internacionales, regionales y bilaterales en propiedad intelectual. La cuarta preocupación del Reporte Especial 301 de 2010 se relaciona a un continuo tema de preocupación de la industria farmacéutica de Estados Unidos: el *linkage* entre la emisión de una patente y una autorización para la comercialización de productos farmacéuticos. En primer término, hay que destacar que el

mencionado Reporte no argumenta infracción al TLC, porque este, a diferencia de otros TLC firmados por Estados Unidos, no establece el *linkage*; en consecuencia, requerir su adopción puede constituir una medida unilateral de parte de los Estados Unidos. Dicho esto, hay que mencionar que este reclamo carece de evidencia actual de daño y es promovido sólo por algunas de las empresas asociadas a PhRMA, pero rechazado por otras industrias farmacéuticas. En consecuencia, el reproche del Reporte Especial 301 de 2010 en relación al *linkage* carece de estudios confiables, empíricos e imparciales que lo sustenten y, además, carece de fundamentos jurídicos. La falta de *linkage* en la ley chilena no debería justificar una nueva inclusión del país en el Reporte Especial 301.

En suma, las razones argumentadas por el Reporte Especial 301 de 2010 para incluir a Chile en la Priority Watch List no subsisten –si alguna vez existieron–, porque:

- a) Chile ha implementado sus compromisos internacionales apropiadamente en su legislación interna; y el argumento basado en el caso de las medidas de protección tecnológica constituye una simple imposición unilateral antes que una negligencia en implementación;
- b) Chile ha hecho un notorio progreso en el fortalecimiento penal de los derechos de propiedad intelectual, convirtiéndose- desafortunadamente- en un verdadero líder en la criminalización de las infracciones en contra de la propiedad intelectual;
- c) Chile ha hecho –y continuará haciéndolo– serios progresos en la ratificación de instrumentos internacionales en propiedad intelectual; el hecho de que algunos instrumentos no hayan sido ratificados aún no es una razón real ni suficiente para enrolar a Chile en la Priority List Watch; y,
- d) Chile no ha infringido ningún compromiso al rechazara la adopción de un sistema de *linkage* para productos farmacéuticos y, además, no hay datos confiables, empíricos, e imparciales que demuestren que sea necesaria su adopción.

Finalmente, Chile tiene un fuerte sistema de persecución penal para la infracción a los derechos de propiedad intelectual; ha hecho un notorio progreso en la ratificación de instrumentos internacionales en la materia; ha implementado sus compromisos internacionales apropiadamente en la ley nacional; y no hay base legal o fáctica para requerir medidas de protección adicional para productos farmacéuticos en el país. Como resultado, no hay argumentos serios para incluir a Chile en

la Priority Watch List de 2011, debido a sus evidentes esfuerzos en asumir compromisos internacionales en propiedad intelectual, actualizando, y fortaleciendo su legislación interna.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'A. Cerda Silva', written in a cursive style.

Alberto J. Cerda Silva
Profesor Asistente de Derecho Informático
Facultad de Derecho - Universidad de Chile