

**Guía del Tratado de Marrakech
de la
Unión Mundial de Ciegos**

**Más elogios para la
*Guía del Tratado de Marrakech de la Unión Mundial de Ciegos***

“Esta Guía del Tratado de Marrakech, escrita por eruditos de renombre mundial en el área de los derechos de autor, es esencial para cualquier persona que tenga intención de incorporar a la propia legislación, interpretar y aplicar las normas del Tratado de un modo efectivo, para dar, por fin, a quienes tienen discapacidad visual, un verdadero acceso al conocimiento y la cultura.”

Lucie Guibault

Instituto de Leyes de la Información
Universidad de Amsterdam

“Este libro proporciona una orientación oportuna, clara y profunda y de una enorme importancia práctica, en un campo legal complejo e innovador. Su lectura es obligatoria para todos los interesados en poner versiones accesibles de obras impresas a disposición de las personas discapacitadas.

Anna Lawson

Profesora de Derecho y Directora del
Centro de Estudios de la Discapacidad
Universidad de Leeds

Guía del Tratado de Marrakech de la Unión Mundial de Ciegos

**Facilitar acceso de las personas con dificultades de
lectura a los libros**

Laurence R. Helfer

Molly K. Land

Ruth L. Okediji

Jerome H. Reichman

Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso

Abierto para su firma: 27 de junio de 2013

Estados Partes: 25 (al 30 de noviembre de 2016)

Entrada en vigor: 30 de septiembre de 2016

AGRADECIMIENTOS	iv
PREFACIO	3
RESUMEN	4
INTRODUCCIÓN	8
Principios que guían el Tratado de Marrakech	13
1.1. El Tratado de Marrakech en la encrucijada de los derechos humanos y la propiedad intelectual	14
1.1.1. Régimen internacional de derechos humanos	14
1.1.2. Régimen internacional de la propiedad intelectual.....	15
1.1.3. ¿Conflicto o coexistencia entre los regímenes?	17
1.1.4. Uso de los instrumentos de derechos de autor para lograr los fines de derechos humanos	20
1.2. Principios de interpretación del Tratado de Marrakech	23
1.2.1. Subrayar objetivo y propósito	23
1.2.2. Adaptación del Tratado de Marrakech a condiciones cambiantes	27
1.2.3. Promover la coherencia con la CDPD	28
1.2.3.1. Antecedentes de la CDPD	29
1.2.3.2. Principios centrales de la CDPD	29
1.2.3.3. Consultas con las partes interesadas	32
Elecciones legales y políticas en el Tratado de marrakech	35

2.1. Obras protegidas por derechos de autor que abarca el Tratado de Marrakech	35
2.2. Ejemplares en formato accesible	37
2.3. ENTIDADES AUTORIZADAS	38
2.3.1. Introducción y visión de conjunto	38
2.3.2. Tipos de entidades autorizadas	40
2.3.2.1. ENTIDADES QUE PROPORCIONAN SERVICIOS A BENEFICIARIOS	41
2.3.2.2. ENTIDADES RECONOCIDAS POR EL GOBIERNO	43
2.3.3. Prácticas de las entidades autorizadas	44
2.4. PERSONAS BENEFICIARIAS	46
2.4.1. Introducción y visión de conjunto	46
2.4.2. Categorías de personas beneficiarias	47
2.4.2.1. CEGUERA	48
2.4.2.2. ¿DISFUNCIÓN VISUAL O DISCAPACIDAD DE PERCEPCIÓN?	48
2.4.2.3. DISCAPACIDAD FÍSICA DE LECTURA	50
2.4.3. Definir personas beneficiarias al implementar la legislación	51
2.5. EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR EN LAS LEYES NACIONALES	53
2.5.1. Introducción y visión de conjunto	53
Excepciones y limitaciones contempladas en la legislación nacional sobre los ejemplares en formato accesible	54
2.5.2. Obligaciones del Artículo 4(1)	56
2.5.2.1. EXCEPCIONES Y LIMITACIONES OBLIGATORIAS	56
2.5.2.2. EXCEPCIONES Y LIMITACIONES NO OBLIGATORIAS	58
2.5.3. Formas de poner en práctica el Artículo 4(1)	58
2.5.3.1. ARTÍCULO 4(2) – LA OPCIÓN PUERTO SEGURO	59
2.5.3.1.1. El puerto seguro para las entidades autorizadas	59
2.5.3.1.2. El puerto seguro para las personas beneficiarias	60
2.5.3.1.3. Implicaciones de las opciones de puerto seguro	61
2.5.3.2. ARTÍCULO 4(3) – LA OPCIÓN SUI GENERIS	61
2.5.4. Excepciones y limitaciones para la traducción de obras protegidas por derechos de autor	62
2.5.5. La opción de disponibilidad comercial	63
2.5.6. La opción de remuneración	65
2.6. INTERCAMBIO TRANSFRONTERIZO E IMPORTACIÓN DE COPIAS EN FORMATOS ACCESIBLES	67

2.6.1. Introducción y visión de conjunto	67
Intercambio transfronterizo de ejemplares en formato accesible ...	67
2.6.2. Obligaciones sustanciales de los Artículos 5 y 6	69
2.6.2.1. ARTÍCULO 5 – EXPORTACIÓN DE COPIAS EN FORMATOS ACCESIBLES	69
2.6.2.2. ARTÍCULO 6 – IMPORTACIÓN DE COPIAS EN FORMATOS ACCESIBLES	71
2.6.3. Formas de implementación de los Artículos 5 y 6	72
2.6.3.1. Artículo 5(2) – Opción puerto seguro.....	72
2.6.3.2. ARTÍCULO 5(3) - LA OPCIÓN SUI GENERIS.....	73
2.6.4. Agotamiento de derechos	75
2.6.5. Implementación del Artículo 6	76
2.6.6. Aspectos transfronterizos no atendidos en el Tratado de Marrakech	77
2.7. MEDIDAS DE PROTECCIÓN TECNOLÓGICA	78
2.7.1. Introducción y visión de conjunto	78
2.7.2. Análisis	79
2.8. REGLA DE LOS TRES PASOS	84
2.8.1. Fundamentos de la política de la regla de los tres pasos	84
2.8.2. La regla de los tres pasos y las excepciones y limitaciones para ciegos	86
2.8.3. Aplicación de la regla de los tres pasos al Tratado de Marrakech....	87
2.8.4. La regla de los tres pasos y la ley internacional de derechos humanos	90
Poner en práctica el Tratado de Marrakech en la ley nacional.....	92
3.1. CREACIÓN DE SOLUCIONES LEGALES	92
3.2. EMPODERAMIENTO DE LAS INSTITUCIONES NACIONALES.....	95
3.2.1. Instituciones de derechos humanos	95
3.2.2. Instituciones de propiedad intelectual	97
3.2.3. Vinculación con la Asamblea del Tratado de Marrakech.....	98
3.3. Exigir el cumplimiento del Tratado	99
3.3.1. Derechos de control	99
3.3.2. Ejecución de las soluciones legales	100
3.3.3. Creación de un plan de acción nacional	101
3.3.4. Ocuparse de la formación y ampliación del radio de acción	102
3.4. OCUPARSE DE LA INFORMACIÓN NACIONAL.....	103

3.4.1. Órganos de tratados de la ONU	103
3.4.2. Organismos creados en virtud de la Carta de la ONU.....	106
3.4.3. Procedimientos especiales de la ONU	107
CONCLUSIÓN	108

Apéndices

- [1. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Asamblea General Extraordinaria: Texto de la Decisión 18 de diciembre de 2012](#)
- [2. Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso](#)
- [3. Signatarios y Partes Contratantes del Tratado de Marrakech](#)
- [4. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo facultativo \(aprobados el 13 de diciembre de 2006, vigentes desde el 3 de mayo de 2008\)](#)
- [5. Signatarios y Partes Contratantes de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad \(en inglés\)](#)
- [6. Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas \(texto de París, según la última enmienda del 28 de septiembre de 1979\)](#)

AGRADECIMIENTOS

La Unión Mundial de Ciegos y los autores de la *Guía de la UMC del Tratado de Marrakech para Facilitar el Acceso a las Obras Publicadas a las Personas Ciegas, con Discapacidad Visual o con Otras Dificultades para Acceder al Texto Impreso* expresan su profundo agradecimiento a la contribución de quienes lo negociaron, de los defensores de los derechos humanos, de las organizaciones no gubernamentales y de los eruditos y profesionales del campo de la legislación de derechos de autor, de los derechos humanos y de la discapacidad, que con sus útiles comentarios y sugerencias tanto aportaron a la realización de esta tarea.

Se llevaron a cabo talleres de expertos los días 6 y 7 de noviembre de 2015 en la Escuela de Leyes de Harvard y 21, 28 y 29 de enero de 2016, en el Instituto de Leyes de la Información de Ámsterdam. Se centraron en la interpretación de las medidas del Tratado desde las

perspectivas del copyright, de las leyes de derechos humanos así como de los aspectos tecnológicos relacionados con la creación, aproximación y uso de ejemplares en formatos accesibles. Tales debates se enriquecieron enormemente por los aportes de tres de sus negociadores y otros expertos que estuvieron presentes en OMPI en Ginebra y en la Conferencia Diplomática de Marrakech.

Los autores están especialmente agradecidos a las siguientes personas por sus comentarios sobre los primeros borradores de la Guía: Jonathan Band, Maryanne Diamond, Séverine Dusollier, Jim Fruchterman, G. Anthony Giannoumis, Henning Grosse Ruse-Kahn, Lucie Guibault, Teresa Hackett, Stuart Hamilton, Peter Jaszi, Koen Krikhaar, Anna Lawson, Jonathan Lazar, Kenneth Félix Haczynski da Nóbrega, Dan Pescod, Gudibende Raghavender, Jerome Reichman, Martin Senftleben, Lea Shaver, Michael Stein, and Paul Torremans. También expresan su especial reconocimiento a la Federación Internacional de Asociaciones e Instituciones de Bibliotecas (IFLA) y a Información Electrónica para Bibliotecas (EIFL) por sus comentarios y aportes a la Guía.

Finalmente, la Unión Mundial de Ciegos expresa su sincera valoración a las siguientes organizaciones: Open Society Foundations (OSF), que proporcionó un importante apoyo financiero a las Fases 1 y 2 de la Campaña de Ratificación y Puesta en Práctica del Tratado, de la cual esta Guía es un componente clave; a CBM; a Sightsavers, al Real Instituto Nacional de Personas Ciegas (RNIB); a Australia Visión, al Consejo Internacional para la Educación de las Personas con Discapacidad Visual (ICEVI) y a la Federación Nacional de Ciegos de India.

SIGLAS UTILIZADAS EN ESTA GUÍA

ACNUDH - Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos

Acuerdo TRIPS –Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio

Convenio de Berna - Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas

CDPD - Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Comité de la CDPD - Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

EIFL - Información Electrónica para Bibliotecas

EPU - Examen Periódico Universal

EyLs – Excepciones y limitaciones

IFLA –Federación Internacional de Asociaciones e Instituciones de Bibliotecas

ICCPR - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

ICESCR - Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

OMC - Organización Mundial del Comercio

OMPI - Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

PI – Propiedad Intelectual

TM - Tratado de Marrakech

TPMs – Medidas de protección tecnológica

TST – Regla de los tres pasos

UDHR - Declaración Universal de los Derechos Humanos

VCLT - Vienna Convention on the Law of Treaties (Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados)

WPPT - Tratado de OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas

PREFACIO

El Tratado de Marrakech para Facilitar el Acceso a las Obras Publicadas a las Personas Ciegas, con Discapacidad Visual o con Otras Dificultades para Acceder al Texto Impreso marca un gran avance al abrir las puertas del mundo de la palabra impresa a los ciegos y a otras personas con dificultades de lectura. Garantizar que las personas con discapacidad visual tengan acceso sostenible a las obras publicadas en los mismos términos que quienes ven es un importante mojón hacia el logro de la visión de un mundo en el cual todos puedan participar plena y equitativamente en la vida política, económica y cultural de la sociedad.

En un tercio aproximadamente de las naciones del mundo, las leyes locales de derechos de autor han ayudado durante mucho tiempo a las personas ciegas como yo, a obtener libros y otros materiales en formatos accesibles, tales como braille y grabaciones de audio. A pesar de la existencia de estas exenciones, no se podían hacer envíos transfronterizos internacionales de estas obras. En España, por ejemplo, hay alrededor de 100.000 libros accesibles, en tanto que Argentina tiene tan sólo 25.000. Sin embargo, España no los puede exportar legalmente ni a Argentina ni a otros países hispano parlantes. El Tratado de Marrakech (TM) permite hacerlo si tanto el país exportador como el importador han aprobado adecuadas excepciones al derecho de autor. El TM no sólo facilita estos intercambios internacionales sino que también prescribe un marco para la armonización de las excepciones del caso para beneficio de todas las personas con dificultades de lectura de un texto impreso ordinario.

Como la mayoría de los tratados, el de Marrakech contiene una cantidad de medidas complejas. Esta Guía muestra con claridad tales disposiciones para que el documento resulte comprensible a parlamentarios y editores, así como a las personas con discapacidad y a las organizaciones que nos representan.

La Guía se divide en tres partes. La primera explica que el TM debe ser interpretado en términos generales, ya que crea una convergencia entre los tratados de propiedad intelectual y los acuerdos y convenciones de derechos humanos y, especialmente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). En la siguiente, se explican los mecanismos del TM para ayudar a los países

que lo ratificaron a promulgar leyes nacionales destinadas a implementarlo. La parte final analiza la manera de poner el TM en práctica. Incluye el modo de lograr que tal legislación forme parte del plan de acción en materia de discapacidad de cada país.

Como ex miembro y Ex Presidente del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, me complace especialmente que los autores de esta Guía proporcionen un recurso útil y muy abordable a quienes procuran entender y poner en práctica el Tratado de Marrakech. El Comité ha estado instando a los países a ratificarlo rápidamente como medio de hacer que la palabra impresa sea accesible, y se cumpla uno de los principales objetivos de la CDPD. Espero que cuando esté plenamente en vigor y con ayuda de la Guía, el TM incremente el muy pequeño porcentaje de obras disponibles en formatos adecuados y ayude a equiparar lo que todavía sigue siendo un campo de juego muy desigual.

Ron McCallum, Orden de Australia

Profesor Emérito y Ex Decano de la Escuela de Leyes de la Universidad de Sídney

Ex Presidente del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Sídney (Australia)

30 de noviembre de 2016

RESUMEN

El Tratado de Marrakech para Facilitar el Acceso a las Obras Publicadas a las Personas Ciegas, con Discapacidad Visual o con Otras Dificultades para Acceder al Texto Impreso (Tratado de Marrakech, TM o el Tratado) es un acuerdo internacional negociado con el auspicio de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y aprobado por la conferencia diplomática de Marrakech (Marruecos), en junio de 2013. Su objetivo global es ampliar la disponibilidad de libros protegidos por copyright para los 300 millones de personas con dificultades de lectura de la letra impresa en el mundo. Muchos de ellos, entre los que se incluyen no sólo las personas ciegas o deficientes visuales sino también quienes tienen discapacidad física o perceptual para leer, carecen en la actualidad de un acceso adecuado a libros y otros materiales culturales en formatos apropiados.

El Tratado de Marrakech ha disfrutado de gran apoyo por parte de países de todo el mundo. Cincuenta y uno lo firmaron al finalizar la conferencia diplomática de Marrakech, en junio de 2013; a julio de 2016, esta cifra supera los setenta y cinco. El TM entró en vigor el 30 de septiembre de 2016; tres meses antes había sido ratificado por veinte estados.¹

Los gobiernos de los países que lo ratificaron enfrentarán diversas opciones legales y políticas en el momento de decidir cómo incorporar el TM a sus sistemas legales nacionales. Estas opciones determinarán si el Tratado cumple su objetivo global, o sea mejorar el goce de los derechos humanos de las personas con dificultades de lectura de textos impresos ordinarios al facilitarles la capacidad de crear, leer y compartir libros y otros materiales culturales en formatos accesibles.

La Guía de la Unión Mundial de Ciegos al Tratado de Marrakech: Facilitar el Acceso a los libros a las Personas con Dificultades de lectura proporciona un análisis abarcador para ayudar a los países a lograr su objetivo. Está dirigida a diversos públicos, entre los que se incluyen:

- parlamentarios y personas con poder de decisión política, que aprueban la legislación y las reglamentaciones internas para dar vigencia al Tratado;
- jueces y administradores que interpretan y aplican tales leyes;
- organizaciones de derechos de la discapacidad y otros grupos de la sociedad civil que abogan por la puesta en práctica del Tratado y su eficaz entrada en vigor;
- organismos de control y supervisión internacionales y nacionales que revisan las medidas gubernamentales de implementación y ejecución; y
- las personas con discapacidad de lectura de la letra ordinaria, que son identificados explícitamente por el TM como “personas beneficiarias”.

¹ Los primeros veinte países que ratificaron el TM fueron: Argentina, Australia, Brasil, Canadá, Chile, Ecuador, El Salvador, los Emiratos Árabes Unidos, Guatemala, India, Israel, Mali, México, Mongolia, Paraguay, Perú, la República Popular Democrática de Corea, la República de Corea, Singapur y Uruguay.

A fin de ayudar a estos actores y otros interesados, la Guía ofrece un marco conceptual general para interpretar e implementar el Tratado de Marrakech, un análisis artículo por artículo de sus disposiciones claves y recomendaciones específicas legales y políticas para dar eficacia a estas medidas. La Guía se puede leer en su totalidad o en forma selectiva. Para los lectores que desean centrarse sólo en aspectos específicos, la Guía está escrita de tal modo que cada sección mantiene su unidad, sin necesidad de antecedentes adicionales.

En términos de este enfoque conceptual, la Guía considera al TM como un acuerdo internacional que emplea las doctrinas legales y las herramientas políticas de las leyes de derechos de autor para avanzar hacia los fines de derechos humanos. Este enfoque se inspira en diversas características del Tratado, entre ellas, su referencia expresa en el primer párrafo del preámbulo a instrumentos de derechos humanos ampliamente adoptados a nivel internacional, a su estatus como primer acuerdo multilateral para crear excepciones obligatorias con respecto a los derechos de autor exclusivos de sus titulares y a la designación de las personas con discapacidad de lectura de los impresos ordinarios como beneficiarios del Tratado. Al mismo tiempo, la Guía reconoce que los estados tienen obligaciones bajo la ley de propiedad intelectual así como bajo la normativa internacional de derechos humanos. Estos compromisos preexistentes, que incluyen la regla de los tres pasos para las excepciones obligatorias al derecho de autor que aparecen en varios tratados de propiedad intelectual, deben ser respetadas también por los gobiernos al decidir cómo dar curso al TM.

La Guía explica las opciones legales y políticas que el Tratado de Marrakech brinda a los países que lo ratifican y ofrece recomendaciones para elegir entre las posibilidades disponibles a la luz de los compromisos preexistentes de los estados en materia de derechos humanos. Por ejemplo, los insta a promulgar excepciones obligatorias al derecho de autor que el TM llama presuntamente compatibles con los tratados de propiedad intelectual en vigor. Estas previsiones que son un “puerto seguro” incluyen excepciones al derecho exclusivo de reproducción, distribución, puesta a disposición del público y ejecución pública (Artículo 4), y excepciones para el envío transfronterizo de ejemplares en formatos accesibles (Artículo 5). Para aquellos países que al ratificarlo, eligen un enfoque distinto, tal como un uso general equitativo o un manejo justo de las excepciones, la

Guía ofrece una cantidad de recomendaciones para ayudar a los gobiernos a poner en práctica una legislación adecuada a sus objetivos políticos internos y a las necesidades de las personas con dificultades de lectura de los textos impresos ordinarios.

La Guía adopta una posición con respecto a las cláusulas del TM que son permisivas más que obligatorias. Las dos más importantes de estas son los requisitos de disponibilidad comercial en el Artículo 4(4) y el de remuneración en el Artículo 4(5). El primero permite a un país prohibir la creación de copias en formatos accesibles si el titular del derecho de autor ya ha puesto su obra a disposición comercial en ese formato en particular. La segunda cláusula permite a un estado requerir compensación como una condición de la creación o distribución de copias en formatos accesibles. La Guía considera que estas medidas opcionales están en conflicto con los objetivos globales del TM. De acuerdo con eso, la Guía insta a los estados a evitarlas.

En su parte final, la Guía aborda la puesta en práctica del Tratado de Marrakech. Ponerlo en vigencia a nivel interior no es una empresa difícil, compleja o cara. Al nivel más básico, cada país que lo ratifique debe revisar sus leyes nacionales de derecho de autor para que estas autoricen la producción de copias en formatos accesibles y que se las comparta, incluso en forma transfronteriza.

Como con cualquier tratado, los cambios de la legislación nacional por sí mismos no garantizan una eficaz realización de sus objetivos. La Guía recomienda, por lo tanto, que los estados partan de la implementación de los tratados de derechos humanos existentes y den diversos pasos concretos para controlar y poner en vigencia el TM. En particular, los funcionarios deben consultar con las personas con dificultades de lectura y con las organizaciones que los representan, tienen que crear procedimientos legales eficaces para solucionar las violaciones, potenciar a las instituciones nacionales de derechos humanos y propiedad intelectual para que supervisen la puesta en práctica del Tratado e informar al respecto a las Naciones Unidas. En la mayoría de los sistemas legales nacionales ya existen instituciones y mecanismos administrativos para llevar a cabo estas acciones o se los puede adaptar fácilmente para que incluyan la implementación del TM.

INTRODUCCIÓN

El Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso (Tratado de Marrakech, MT o Tratado) impone excepciones al derecho de autor para beneficio de tales personas. Los derechos que menciona y que surgen de tales excepciones comparten un objetivo global común: facilitar su capacidad de producir, utilizar y compartir en formatos accesibles, obras protegidas por derechos de autor.

Se lo negoció teniendo en cuenta una insuficiencia mundial de libros impresos y materiales culturales en formatos accesibles, llamada con frecuencia "hambruna de libros". Esta hambruna global es alarmante por su alcance e impacto. Muchos de los 300 millones de personas que se estima que en el mundo tienen dificultades de lectura en el mundo, especialmente los que viven en países en vías de desarrollo, carecen de un acceso adecuado a materiales impresos en formatos accesibles, aun cuando existe desde hace mucho ya la tecnología para producirlos que continúa evolucionando con rapidez. Sin poder leer los diarios, disfrutar de los libros o investigar en internet, estas personas no pueden participar significativamente en la sociedad. El resultado es una violación de numerosos derechos humanos reconocidos internacionalmente, incluso, lo que es más notable, los que están protegidos por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). Adoptada por 168 países hasta octubre de 2016, más del 85% de los miembros de las Naciones Unidas, la CDPD exige que los gobiernos garanticen que las leyes de propiedad intelectual no impidan el acceso de las personas discapacitadas a libros y otros materiales culturales.

La acción colectiva para poner fin a la hambruna de libros requería una enérgica respuesta multilateral, en forma de un nuevo tratado para armonizar las excepciones a los derechos de autor en beneficio de las personas con dificultades de lectura. Por varias razones, era necesario un acuerdo internacional legalmente vinculante. Primero, la escasez de versiones accesibles de libros protegidos por derechos de autor es un problema global que requiere una solución global. Todas las leyes nacionales limitan la protección de los derechos de autor para lograr importantes objetivos en materia de políticas públicas y las

excepciones para ciegos están entre las de más larga data. No obstante, más de los dos tercios de países no han aprobado disposiciones de ese tipo. Además, muchas de las existentes no satisfacen plenamente las necesidades de los interesados, en especial en las naciones en vías de desarrollo, con respecto a las nuevas tecnologías, tales como libros electrónicos y hablados.

Segundo, como las leyes de derechos de autor son de alcance territorial, muchas de las excepciones nacionales existentes no permiten la importación ni exportación de copias en formatos accesibles. No es deseable ni eficiente que cada país proporcione todos los materiales necesarios para poner fin a la hambruna de libros en su territorio, especialmente si tales ejemplares ya están disponibles de inmediato en otro lugar. Por eso, un objetivo principal del TM es requerir que los estados aprueben excepciones a los derechos de autor que facilitan el intercambio de copias en formatos accesibles a través de las fronteras.

Tercero, para la mayoría de las naciones del mundo ya está en vigor la exigencia de facilitar el acceso de las personas discapacitadas a las obras protegidas por derechos de autor, ya sea por los tratados de derechos humanos a los que se han acogido o por su propia legislación doméstica. El ejemplo más concreto de este compromiso legal aparece en la antes mencionada CDPD, tan ampliamente ratificada. El TM proporciona un patrón para que los países satisfagan las obligaciones internacionales preexistentes, incluso a partir de los pasos que ya hayan dado para poner en vigor la CDPD así como otros tratados de derechos humanos.

Inspirados por estos múltiples fundamentos de una acción colectiva, esta Guía proporciona una hoja de ruta para interpretar y poner en práctica el Tratado de Marrakech. La Unión Mundial de Ciegos aspira a ayudar a los responsables gubernamentales, a los que elaboran las políticas, a las organizaciones de derechos de la discapacidad y a los grupos de la sociedad civil que han de decidir cómo cumplir con el TM en los países que lo han ratificado. La Guía identifica las opciones legales y políticas de que disponen estos actores y ofrece recomendaciones para el progreso del objetivo fundamental del Tratado que es usar las excepciones obligatorias del derecho de autor para ampliar la disponibilidad de libros y materiales culturales en formatos accesibles a las personas con dificultades de lectura.

Como primer acuerdo internacional que requiere excepciones al copyright para mejorar los derechos humanos de una población específica, el Tratado de Marrakech está en la intersección de la ley internacional de derechos humanos y la de propiedad intelectual. Por lo tanto, al interpretar e implementar el TM, los responsables públicos y los actores privados deben esforzarse para cumplir con ambos conjuntos de obligaciones legales.

Pero ¿cómo pueden los gobiernos lograr esta coherencia? La Guía ofrece un respuesta práctica. Concibe al Tratado de Marrakech como un instrumento internacional que emplea las doctrinas legales y las herramientas políticas del derecho de autor para lograr objetivos de derechos humanos. Esta visión de Tratado es la base del análisis de la Guía. Fundamenta los principios generales interpretativos en el Capítulo 1, el análisis artículo por artículo y las opciones que se estudian en el Capítulo 2 y las recomendaciones para la puesta en práctica del TM que se analizan en el Capítulo 3.

Esta estrategia de considerar al Tratado de Marrakech como un acuerdo multilateral que utiliza los medios de la propiedad intelectual para lograr fines en materia de derechos humanos tiene una cantidad de implicaciones generales. Primero, requiere que los gobiernos garanticen que su forma de ponerlo en práctica sea efectiva. Los derechos y obligaciones del Tratado que existen en papel pero no en la realidad son insuficientes; no van a ampliar la disponibilidad de ejemplares en formatos accesibles para quienes los necesitan.

Segundo, el enfoque conceptual de la Guía canaliza sus recomendaciones acerca de las opciones políticas de que disponen los gobiernos. El Tratado de Marrakech se refiere expresamente a otras convenciones de derechos de autor e instrumentos de derechos humanos. No se lo puede interpretar aislado de tales textos legales, incluida la regla de los tres pasos para las excepciones y limitaciones que aparecen en múltiples acuerdos de propiedad intelectual. Sin embargo, al brindar lo que esta Guía llama "puerto seguro" de las excepciones para crear, usar y compartir copias en formatos accesibles, el TM afirma que la regla de los tres pasos es suficientemente flexible para coexistir con los compromisos permanentes de protección de derechos humanos de los estados.

Tercero, en los casos que quedan a discreción de los estados según el Tratado, la Guía recomienda opciones que promueven más que limitan el acceso. Por ejemplo, la Guía insta a las naciones a rechazar las cláusulas opcionales del TM referentes a la remuneración y disponibilidad comercial. Aunque estas medidas son formalmente compatibles con este instrumento, su puesta en práctica podría limitar significativamente el acceso de las personas beneficiarias y de este modo socavarían el objetivo y propósito del Tratado.

Finalmente, el TM no restringe la autoridad, preexistente en el marco de las leyes nacionales e internacionales, de adoptar excepciones y limitaciones al derecho de autor que sirvan a los objetivos del interés público. Los estados pueden continuar basándose en tal autoridad para crear, preservar y ampliar esas excepciones y limitaciones, incluso aquellas que impulsan los derechos humanos de las personas con discapacidad, siempre que hacerlo sea compatible con los acuerdos de propiedad intelectual que hayan ratificado. Así, aunque el TM proporciona un modelo para preservar los derechos de acceso de las personas con dificultades de lectura a obras protegidas por copyright, el Tratado no descarta que los estados puedan sobrepasar sus términos.

* * * * *

A continuación se explica como continúa el resto de la Guía. El Capítulo 1 comienza con una breve introducción sobre los regímenes de derechos de propiedad intelectual y humanos. Luego identifica los tres principios generales de interpretación del Tratado que informan el análisis de la Guía, con énfasis en su objetivo y propósito, su adaptación a las condiciones cambiantes y la promoción de coherencia con la CDPD.

El Capítulo 2 consta de un análisis artículo por artículo de los requisitos del TM. Describe su estructura básica e identifica las opciones legales y políticas de los gobiernos para cada una de sus medidas clave, con inclusión de definiciones de "ejemplar en formato accesible", "entidades autorizadas" y "personas beneficiarias" así como las excepciones y limitaciones a la protección del derecho de autor que tienen que adoptar todos los países que lo ratifiquen.

El Capítulo 3 de la Guía considera su puesta en práctica. La obligación fundamental de los estados que lo ratifiquen es revisar las leyes

nacionales de derecho de autor para autorizar a las personas con discapacidad de lectura de textos impresos ordinarios a producir, utilizar y compartir copias en formatos accesibles, incluso a través de las fronteras. Pero, como en cualquier tratado, los cambios legales pueden no ser suficientes para garantizar la efectividad del TM. La Guía recomienda en este sentido que los gobiernos partan de sus acuerdos preexistentes de implementación de derechos humanos y den una serie de pasos concretos para controlar y poner en vigencia el TM. Estos incluyen consultar con las personas a quienes va dirigido, crear procedimientos legales para poner remedio a las violaciones, potenciar a las instituciones nacional para el control y ejecución de los compromisos internacionales e informar sobre las medidas de implementación dentro del sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas.

Capítulo 1

Principios que guían el Tratado de Marrakech

El Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso (Tratado de Marrakech, TM o Tratado) es un acuerdo internacional que procura eliminar las barreras creadas por la ley de derechos de autor que impiden el acceso de las personas con discapacidad de lectura a libros y otros materiales culturales. El TM logra este objetivo al requerir que los estados aprueben excepciones y limitaciones al derecho de autor que permitan la creación y distribución incluso a través de las fronteras, de ejemplares en formatos accesibles.

Procura el progreso de los derechos humanos a través del uso de los instrumentos legales y políticos del derecho de autor. En las primeras líneas del Preámbulo del TM se subraya lo que tienen en común estos dos campos, al recordar “los principios de no discriminación, de igualdad de oportunidades, de accesibilidad y de participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad, proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” (CDPD) y reconocer “la necesidad de mantener un equilibrio entre la protección eficaz de los derechos de los autores y el interés público en general”. De este modo, el TM ayuda a cumplir la promesa hecha por los estados contratantes en el Artículo 30(3) de la CDPD de “asegurar que las leyes de protección de los derechos de propiedad intelectual no constituyan una barrera excesiva o discriminatoria para el acceso de las personas con discapacidad a materiales culturales”.

La peculiar combinación de derechos humanos y propiedad intelectual significa que la interpretación y puesta en práctica del Tratado debe tener en cuenta las obligaciones y principios legales de ambas áreas. La Guía ofrece un amplio enfoque de estos aspectos. Sugiere opciones políticas y consideraciones prácticas para promover el efectivo cumplimiento de sus objetivos en una diversidad de entornos locales. Antes de pasar a estas propuestas, en la Sección 1.1 de la Guía se proporciona una breve introducción a los derechos humanos y a los regímenes de propiedad intelectual internacionales, con especial atención al derecho de autor. Se explica luego en la Sección 1.2 cómo

los objetivos de derechos humanos que inspiran el Tratado procuran lograr que la base de su interpretación se constituya bajo antiguos principios históricos de la ley internacional pública.

1.1. El Tratado de Marrakech en la encrucijada de los derechos humanos y la propiedad intelectual

Los regímenes internacionales de derechos humanos y de propiedad intelectual (PI) se han desarrollado exponencialmente durante las últimas dos décadas, lo que conduce a un mayor compromiso entre los dos campos legales. La interpretación e implementación del TM requerirán una cuidadosa consideración de los objetivos complementarios y, a veces competitivos, de las metas de cada uno.

1.1.1. Régimen internacional de derechos humanos

El sistema internacional que protege los derechos fundamentales de todos los seres humanos surgió después de la Segunda Guerra Mundial. Enfrentados a la clara evidencia de las atrocidades en masa, los vencedores del conflicto decidieron que los abusos perpetrados por un estado contra sus propios miembros y dentro de sus propias fronteras, ya no seguirían siendo algo concerniente en exclusividad al país. La respuesta inicial a este compromiso fue crear las Naciones Unidas y otorgar a este organismo la responsabilidad de mantener la paz y la seguridad internacionales y promover el respeto universal y la observancia mundial de los derechos humanos. Poco después de su fundación, las Naciones Unidas comenzaron la tarea de preparar el borrador de una Declaración Universal de los Derechos Humanos, resolución no vinculante que fue aprobada por unanimidad en la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948. Durante las siguientes décadas, el sistema internacional de derechos humanos estuvo dedicado a dos tareas principales: ampliar y refinar una lista de derechos y libertades protegidas y crear instituciones internacionales y mecanismos de control a fin de garantizar en la práctica, el respeto de tales derechos y libertades.

El núcleo de la ley internacional de derechos humanos está establecido en tres instrumentos legales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (UDHR, según su nombre en inglés), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, según su nombre en inglés) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR, según su nombre en inglés), conocidos en su conjunto como

Carta Internacional de Derechos Humanos. Los dos últimos, aprobados ambos en 1966, convierten las aspiraciones de la primera en obligaciones vinculantes para los estados. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Culturales protege los derechos a la educación, a participar en la vida cultural y a disfrutar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, entre otros. Muchos de ellos están incorporados también en las constituciones, legislaciones, reglamentación administrativa y decisiones judiciales nacionales.

Además de estos dos, hay otros ocho tratados de la ONU que atienden aspectos específicos, incluidos los derechos humanos, discriminación racial, tortura, derechos de las mujeres, de los niños y de la discapacidad. El que aborda los de las personas con discapacidad es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Cada uno de estos documentos crea un mecanismo internacional de control conocido como "órgano de tratados", un comité de expertos legales y de otro tipo, encargados de supervisar la implementación de ese tratado y evaluar si los estados están cumpliendo con los derechos que protege. En el caso de la CDPD, estas funciones son llevadas a cabo por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Comité de la CDPD). El Artículo 39 de la Convención le da competencia, entre otras funciones, para "hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y datos recibidos de los Estados Partes". Aunque las sugerencias y recomendaciones del Comité de la CDPD, llamadas "Comentarios Generales", no son vinculantes y no pueden modificar la CDPD, a las interpretaciones generadas por el Comité les corresponde "un gran peso" por su rol singular de organismo independiente de expertos creado para controlar el cumplimiento de los tratados.²

1.1.2. Régimen internacional de la propiedad intelectual

La Convención de 1967 por la que se crea la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual define "propiedad intelectual" como los

² Como explicó recientemente la Corte de Justicia con respecto a otro órgano de tratado, el Comité de Derechos Humanos, "aunque la Corte no está obligada de ninguna manera ... a modelar su propia interpretación ... sobre la base de la del Comité, cree que tiene que atribuirle gran peso a la idea adoptada por este órgano independiente que se creó específicamente para supervisar la aplicación de ese tratado." *Ahmadou Sadio Diallo (República of Guinea contra República Democrática del Congo)*, Juicio, 2010 ICJ Rep. 639, 664.

derechos relativos a las obras literarias, artísticas y científicas, a las interpretaciones de los artistas intérpretes y a las ejecuciones de los artistas ejecutantes, a los fonogramas y a las emisiones de radiodifusión, a las invenciones en todos los campos de la actividad humana, a los descubrimientos científicos, a los dibujos y modelos industriales, a las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales, a la protección contra la competencia desleal, y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico.”

Esta subsección pone el foco en el copyright, que protege las obras originales de un autor, tales como las literarias y artísticas a que se refiere el TM. Existe el derecho de autor tan pronto como una obra firmada, publicada o no, se manifiesta en forma tangible. Sin embargo, el derecho de autor protege sólo la forma en que se expresan ideas originales; las ideas en sí pueden ser usadas libremente por los demás. El titular de una obra cubierta por derecho de autor, tiene el derecho exclusivo, entre otros, de reproducirla, preparar adaptaciones (incluso traducciones), y distribuir ejemplares. Además de estos derechos económicos, algunos países protegen los derechos morales, incluidos los de ser nombrado como autor y objetar su tratamiento despreciativo.

Las normas internacionales que protegen el derecho de autor se han ampliado significativamente durante el último siglo. Los primeros tratados de derechos de autor bilaterales y regionales requerían que los estados garantizaran a personas extranjeras la protección que se brindaba a sus propios ciudadanos y establecía estándares mínimos en este sentido. Estos acuerdos ponían el foco en proteger los derechos exclusivos de creadores y titulares de derechos de autor, y se dejaba que los estados regularan las limitaciones y excepciones de tales derechos por medio de la legislación interna. A finales del siglo XIX, estos principios se incorporaron a una convención multilateral, el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas, que se revisó y amplió durante el siglo siguiente para incrementar la protección de las obras que tenían derecho de autor y regular las excepciones y limitaciones nacionales. La administración del Convenio de Berna se confió más tarde a OMPI.

En 1944, se agregó la propiedad intelectual (PI) al mandato de la Organización Mundial del Comercio (OMC) al aprobarse el Acuerdo

sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo TRIPS, según su nombre en inglés). Este acuerdo mejoró las sustanciales protecciones de los tratados preexistentes en este tema, incluido el Convenio de Berna, y limitó la autoridad de los estados con respecto a la promulgación de limitaciones y excepciones nacionales. Estas protecciones mayores son obligatorias para todos los miembros del OMC. El acuerdo TRIPS también exigía que los miembros del OMC ampliaran los mecanismos para la aplicación de los derechos de PI. Los conflictos con respecto a la interpretación y aplicación del tratado son juzgadas por el Órgano de Solución de Diferencias de OMC, que puede autorizar sanciones comerciales contra sus miembros.

1.1.3. ¿Conflicto o coexistencia entre los regímenes?

La expansión simultánea de las leyes de PI y de derechos humanos ha aumentado la intersección entre los dos regímenes, por lo que normas e instituciones que antes no estaban relacionadas tuvieron que interactuar de forma nueva y a veces conflictiva. Al principio, algunos actores del sistema de derechos humanos de la ONU identificaron un choque directo entre los dos regímenes. Consideraron que las protecciones en expansión de la PI, tales como las del Acuerdo TRIPS, dificultaban a los estados el cumplimiento de los tratados de derechos humanos.³ Por ejemplo, el derecho de autor proporciona la exclusividad que impide que terceras partes reproduzcan o distribuyan obras protegidas. Si el titular de un derecho de autor no quiere o no puede poner a disposición una obra en formato accesible, las personas con discapacidad de lectura no pueden acceder a ella. Sin la posibilidad de aplicar una excepción, el resultado es una restricción de sus derechos de libertad de expresión, educación y participación cultural.

Para resolver estos conflictos, los expertos en derechos humanos instaron a los estados a reconocer la primacía de estos sobre las leyes y tratados de PI, sobre la base de que los primeros son más esenciales. Los defensores de este "enfoque de conflictos" alentaron a los estados a ignorar o modificar las normas de PI si fuere necesario

³ *Declaración de Derechos Humanos y Propiedad Intelectual. Consejo de Seguridad y Consejo Económico y Social, 27ª sesión de la Comisión de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, punto 3 del Orden del Día, párrafo 12, Documento de la ONU E/C.12/2001/15 (2001).*

para cumplir con las obligaciones internacionales de derechos humanos. También destacaron las controversias en apoyo del pedido de reforma de las leyes de PI de forma que se incrementara la protección de los derechos humanos, transformando las demandas de acceso a obras protegidas por derechos de autor como privilegios obligatorios que son equivalentes e incluso superiores a los derechos económicos de los titulares de la PI.

El enfoque de conflictos se centró provechosamente en las consecuencias de la PI sobre los derechos humanos y la importancia de garantizar el acceso a las obras protegidas, aspectos que el régimen en este campo había descuidado. Al mismo tiempo, sin embargo, el enfoque de conflictos no consideraba las maneras en las que la innovación y creatividad individuales, objetivos procurados por el sistema de la PI, también son esenciales para el cumplimiento de los derechos humanos. Los eruditos, los que deciden las políticas y las ONGs empezaron así a ver que los derechos humanos y los regímenes de PI planteaban la misma pregunta básica: cómo dar a los autores e inventores suficientes incentivos para crear e innovar al mismo tiempo que proporcionar al público un adecuado acceso al producto de tales esfuerzos intelectuales. A esto se lo llamó abordaje de coexistencia.

Este abordaje de coexistencia ve a los dos regímenes como congruentes en lugar de conflictivos. Quienes proponen este enfoque aceptan la compatibilidad esencial de los dos regímenes, si bien reconocen que a veces están en tensión acerca de cómo acertar con el equilibrio entre los incentivos por una parte y el acceso por otra. Por ejemplo, el derecho de autor proporciona un incentivo a la creación literaria y artística al concederles a los autores derechos económicos exclusivos. El Artículo 15 del ICESCR reconoce una idea similar al establecer que todos tienen derecho "a beneficiarse por la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sean autores". Aunque la legislación de derechos humanos no protege a la PI como tal,⁴ sí protege la actividad creativa de las personas, incluidos

⁴ Los derechos de la propiedad intelectual están protegidos bajo los de propiedad garantizados en el Artículo 1 del Protocolo N° 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos. *Anheuser-Busch contra Portugal*, Solicitud N° 73049/01, Comité Europeo de Derechos Humanos (Grand Chamber 2007). El derecho de propiedad no aparece sin embargo en ningún tratado de derechos humanos de la ONU. Aún más, incluso en Europa, como observó el Relator Especial de la ONU en el

los intereses económicos de los autores para lograr un estándar de vida adecuado y su interés moral de mantener la integridad de sus obras. Por lo tanto, dentro de ambos regímenes la PI es un medio más que un fin; es un mecanismo para promover la creatividad y la innovación y de ese modo contribuir al mayor bien social.

Tanto la legislación de derecho de autor como la de derechos humanos subrayan la importancia de garantizar el acceso al producto de los esfuerzos de los creadores. El Artículo 15 del ICESCR equilibra la protección de los autores con el derecho de todos "de disfrutar los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones." El Artículo 7 del Acuerdo TRIPS identifica los objetivos del tratado como una contribución a la transferencia de innovación y tecnología "en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones," mientras que en el Artículo 8 se reconoce la capacidad de los estados para tomar medidas coherentes con el tratado para promover el interés público. Las leyes nacionales incluyen excepciones y limitaciones al derecho de autor para lograr tales beneficios. Entre los ejemplos comunes se encuentra la copia de citas limitadas hechas por archivos y bibliotecas, a fines de hacer comentarios y críticas y ciertos usos educativos. Algunos países también han promulgado excepciones y limitaciones para ampliar el acceso a obras protegidas por derechos de autor por parte de personas con discapacidad visual, tales como la provisión de ejemplares en braille.⁵ Estas medidas reglamentarias ayudan a los estados a lograr los objetivos que la ley de PI comparte con la de derechos humanos.

Campo de los Derechos Culturales, el de propiedad, simplemente obliga a los estados a respetar los derechos de PI que hayan reconocido; no requiere la creación por parte de ellos de tales derechos o de adoptar ningún abordaje particular al proteger la PI. *Política de derechos de autor y derecho a la ciencia y la cultura, Informe del Relator Especial en el campo de los derechos culturales*, Farida Shaheed, A/HRC/28/57 ¶ 53 (Diciembre de 2014) (Informe de derechos de autor del Relator Especial).

⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, ESTUDIO SOBRE LAS LIMITACIONES Y EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR PARA DISCAPACITADOS VISUALES, SCCR/15/7 (2007) (preparado por Judith Sullivan) (Estudio DE OMPI).

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_15/sccr_15_7.pdf.

No obstante, hay divergencias importantes en la orientación de los dos regímenes. En comparación con las leyes y tratados de PI, los instrumentos de derechos humanos subrayan la importancia de los objetivos sociales con respecto a los intereses económicos privados. Además, a nivel internacional, los mecanismos más fuertes de imposición de los tratados de PI, tales como el Acuerdo TRIPS y otros recientemente negociados en forma bilateral, regional y plurilateral, han llevado a los estados a poner énfasis en la protección de la PI sin considerar suficientemente su impacto en los derechos humanos. Por ejemplo, las amenazas de sanciones económicas o las reclamaciones de la OMC crean incentivos para que los estados promulguen leyes de derecho de autor con menos excepciones y limitaciones de lo que puede ser necesario para la plena realización de los derechos humanos.

En parte como resultado de estas presiones, muchos estados no han aprovechado al máximo la flexibilidad reconocida en la legislación internacional de la PI para garantizar un adecuado acceso a las obras protegidas por derecho de autor. Por ejemplo, antes de la aprobación del Tratado de Marrakech, sólo 57 países habían promulgado una excepción en este campo para permitir a las personas con discapacidad de lectura, la creación de copias en formatos accesibles.⁶ La limitada cantidad de estados que aprobaron tal excepción ha sido un importante factor que contribuyó a la hambruna de libros que se ha mencionado en la Introducción de esta Guía.

1.1.4. Uso de los instrumentos de derechos de autor para lograr los fines de derechos humanos

El Tratado de Marrakech usa el instrumento político específico de excepciones y limitaciones al derecho de autor para ampliar la disponibilidad global de copias de libros y materiales culturales en formatos accesibles. Tales excepciones y limitaciones se encuentran en todas las leyes nacionales. Por ejemplo, la mayoría de los estados permite ciertos usos de materiales protegidos por derechos de autor por parte de bibliotecas e instituciones educativas sin permiso del titular de los derechos de autor. En algunos países tienen doctrinas más amplias y flexibles de uso o trato equitativo. Sea cual fuere el abordaje que siga un país, las excepciones y limitaciones “constituyen

⁶ *Id.* 9.

una parte vital del equilibrio que la ley de derechos de autor debe lograr entre los intereses de los titulares de los derechos en un control exclusivo y los intereses de otros por la participación cultural.”⁷

Los instrumentos internacionales de derechos humanos también reconocen los beneficios que tienen para la sociedad las excepciones y limitaciones. Es muy notable que la CDPD requiere de los estados que la ratifican la revisión de sus leyes de PI y que aprueben otras políticas para facilitar el acceso a materiales culturales. El Artículo 30(1)(a) de la CDPD requiere que los estados adopten “todas las medidas pertinentes para asegurar que las personas con discapacidad ... tengan acceso a materiales culturales en formatos accesibles” y el Artículo 30(3) obliga a los estados a tomar “todas las medidas pertinentes, de conformidad con el derecho internacional, a fin de asegurar que las leyes de protección de los derechos de propiedad intelectual no constituyan una barrera excesiva o discriminatoria para el acceso de las personas con discapacidad a materiales culturales.”⁸

El Comité de la CDPD ha hecho un repetido llamamiento a los estados para que ratifiquen e implementen el Tratado de Marrakech.⁹

⁷ Informe de derechos de autor del Relator Especial, nota anterior 4, ¶ 61.

⁸ Otros instrumentos internacionales y regionales identifican la importancia de las excepciones al derecho de autor para lograr los objetivos de derechos humanos. La Directiva Sociedad de la Información de la Unión Europea establece que “Los Estados Miembros deben brindar la opción de proporcionar ciertas excepciones o limitaciones en casos tales como ... para uso de las personas con discapacidad” y que “es importante en cualquier caso que adopten todas las medidas necesarias para facilitar el acceso a obras por personas que sufren alguna discapacidad que constituye un obstáculo para usar las obras ellos mismos, y prestar particular atención a los formatos accesibles.” Directiva 2001/29/EC del Parlamento y del Consejo Europeos del 22 de mayo de 2001 sobre la armonización de ciertos aspectos del derecho de autor y otros conexos en la sociedad de la información, ¶¶ 34, 43 (InfoSoc Directive). El Consejo de Europa ha instado a los Estados Miembros a “tomar todas las medidas pertinentes ... para asegurar que las leyes de protección de la propiedad intelectual no constituyan una barrera excesiva o discriminatoria para el acceso de las personas con discapacidad a materiales culturales, al mismo tiempo que con respeto a las medidas de las leyes internacionales.” Consejo de Europa, Comité de Ministros Rec(2006)5, 3.2.3.vii (5 Apr. 2006).

⁹ El Comité de la CDPD incluyó este llamamiento al revisar los informes de Dinamarca, Nueva Zelanda, Corea, Bélgica, Ecuador y México.

En un Comentario General de 2013, centrado en el principio de accesibilidad, el Comité destacó el impacto del TM en los derechos humanos transfronterizos.¹⁰ El Relator Especial de la ONU en el área de Derechos Culturales instó a los estados a ratificar el TM y a “asegurar que sus leyes de derechos de autor contengan excepciones adecuadas para facilitar la disponibilidad de trabajos en formatos accesibles a las personas con discapacidad visual y otras dificultades, tales como la sordera.”¹¹

La ratificación e implementación del Tratado de Marrakech son una forma concreta por la cual los estados pueden cumplir con sus obligaciones, descritas en la CDPD y en otros instrumentos de derechos humanos, para eliminar las barreras que se oponen al acceso a materiales culturales. La legislación propuesta por la Unión Europea para poner en práctica el TM subraya este punto y reconoce la permisibilidad de limitar la propiedad intelectual para lograr fines de derechos humanos:

La Directiva [y su reglamentación] “apoyan el derecho de las personas con discapacidad a beneficiarse de medidas planeadas para asegurar su independencia, integración social y ocupacional y su participación en la vida de la comunidad, como lo consagra el Artículo 26 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (‘la Carta’). La Directiva [y reglamentación] también reflejan el compromiso de la Unión con la CDPD de la ONU. Esta garantiza a las personas con discapacidad el derecho de acceder a la información y el de participar en la vida cultural, económica y social sobre la misma base que los demás. En vista de esto, se justifica la restricción de los

¹⁰ El Comentario General afirma que el Tratado de Marrakech “debería asegurar el acceso a materiales culturales sin barreras excesivas o discriminatorias para las personas con discapacidad, incluidas las que viven en el extranjero o como miembro de una minoría en otro país y que hablan o usan la misma lengua o medios de comunicación, especialmente aquellos para quienes es un reto acceder a los materiales impresos clásicos.” Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Comentario General N° 2: Artículo 9 (Accesibilidad)*, Doc. ONU N° CRPD/C/GC/2 (22 de mayo de 2014), ¶ 45 (Comentario General N° 2).

¹¹ Informe sobre derechos de autor del Relator Especial, nota anterior 4, 116.

derechos de propiedad de sus titulares de acuerdo con las obligaciones establecidas en la Carta.¹²

Como se explica con más detalle en el Capítulo 2 de la Guía, el TM requiere que las partes contratantes aprueben excepciones y limitaciones en sus leyes nacionales para permitir la creación y difusión de ejemplares en formatos accesibles de ciertas obras protegidas por derechos de autor así como compartirlas a través de las fronteras. Como se observó con anterioridad, sólo 57 países han adoptado alguna versión de estas excepciones y limitaciones antes de la negociación del TM. Un objetivo central de este documento es, por lo tanto, alentar a todos los estados a adoptar un conjunto común de excepciones y limitaciones para incrementar los derechos humanos de las personas con discapacidad de lectura de textos impresos ordinarios.

1.2. Principios de interpretación del Tratado de Marrakech

En esta subsección, se identifica un conjunto de principios para interpretar el TM como un convenio que promueve los objetivos de derechos humanos por medio de las herramientas legales y políticas del derecho de autor. También se explica cómo estos principios deben guiar las opciones que elijan los responsables del gobierno al ponerlo en práctica.

1.2.1. Subrayar objetivo y propósito

El objetivo global de la interpretación del Tratado es dar significado a la intención objetiva de las partes, según se manifiesta en el texto de este documento en su conjunto. La Convención de Viena sobre el

¹² Propuesta de Reglamentación del Parlamento y del Consejo Europeos sobre el intercambio transfronterizo entre la Unión y terceros países, de ejemplares de ciertas obras y otros contenidos protegidos por derecho de autor y derechos conexos en formatos accesibles, para beneficio de las personas que son ciegas, deficientes visuales o con otro tipo de discapacidad, COM(2016) 595 final, 2016/0279 (COD) (Sept. 14, 2016), p. 5; Propuesta de una Directiva del Parlamento y el Consejo Europeos sobre ciertos usos permitidos de obras y otros contenidos protegidos por derecho de autor y otros derechos conexos para beneficio de las personas que son ciegas, deficientes visuales o con otras dificultades para acceder a textos impresos y como enmienda de la Directiva 2001/29/EC sobre la armonización de ciertos aspectos del derecho de autor y derechos conexos en la sociedad de la información, COM(2016) 596 final, 2016/0278 (COD), (Septiembre 14 de 2016), p. 6.

Derecho de Tratados (VCLT, según su nombre en inglés) codifica las normas habituales de la ley internacional que gobierna la interpretación de tratados. En el Artículo 31(1) del VCLT, se los debe entender “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.” En el mismo artículo se identifican tres elementos para interpretar un tratado: texto, contexto y fin. Ninguno de ellos debe tener prioridad sobre los otros. La interpretación de un tratado requiere pues que el intérprete considere la cláusula específica que está sobre el tapete, otras disposiciones tales como el preámbulo, y lo que revelan esos términos y el contexto en el cual aparecen acerca de la intención de las partes y los objetivos del acuerdo.

Para identificar el significado común de una disposición particular del tratado, quien lo interpreta puede considerar los usos comunes del término, definiciones del diccionario, la gramática y la sintaxis de la medida, así como el uso del mismo lenguaje o similar en otras partes del tratado. También hay que entender el significado común a la luz del contexto del tratado como un todo. Según el Artículo 31(2) de la VCLT, el contexto del documento incluye el texto completo, el preámbulo, los anexos y todo “acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado.” Por ejemplo, las trece “Declaraciones acordadas” de las notas de pie de página del Tratado de Marrakech integran el contexto del mismo y por lo tanto son relevantes para entender el significado común de los términos.¹³

Coherente con su centro de atención puesto en la intención objetiva de las partes, el VCLT permite que los intérpretes sólo en circunstancia específicas, consideren la historia de su redacción –los documentos asociados a la negociación del tratado-. El Artículo 32 faculta a recurrir al trabajo preparatorio del tratado y a los pormenores de su

¹³ También es posible considerar la CDPD como “norma relevante de legislación internacional aplicable a las relaciones entre las partes” que debe tomarse en cuenta, junto con el contexto del tratado, según el Artículo 31(3)(c) de la VCLT. No queda clara la necesidad de que la CDPD sea ratificada por algunas, la mayoría o todas las partes del TM, a fin de que se la considere como una “norma relevante”. RICHARD K. GARDINER, *INTERPRETACIÓN DEL TRATADO* 302-04, 310-17 (2d ed. 2015). Como se explica más abajo, sin embargo, la CDPD es un punto importante de referencia para interpretar el TM sin tener en cuenta si califica como una “norma relevante” según el Artículo 31(3)(c) antes mencionado.

conclusión, bien para “confirmar el significado” que resulta de la aplicación de los principios primordiales de interpretación, o bien para “determinar el significado” cuando la interpretación en su curso ordinario “(a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o (b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”. Por consiguiente, si no fuere posible identificar una interpretación razonable del significado ordinario de los términos en el contexto y a la luz de los propósitos del tratado, sería apropiado considerar hacer un borrador de la historia. El VCLT da a este recurso un rol suplementario en la interpretación porque puede ser evidencia poco fidedigna del significado del acuerdo. Muy en particular, los registros de las negociaciones son con frecuencia incompletos o pueden no reflejar los compromisos políticos que se hicieron para la adopción del acuerdo.

El VCLT también requiere que el texto se interprete de modo que promueva el objetivo y el propósito del tratado.¹⁴ Estos últimos incluyen tanto las consecuencias específicas legales contempladas en el acuerdo como los objetivos globales de las partes.¹⁵ Un intérprete debe ver el tratado como un todo para establecer su objetivo y propósito. Sin embargo, consultar el preámbulo es con frecuencia una de las mejores maneras de identificar las metas de un tratado, porque estas cláusulas introductorias indican típicamente por qué los gobiernos negociaron ese acuerdo.

También se pide a los estados que implementen el TM de forma que asegure que sus disposiciones sean efectivas. Una interpretación eficaz es un principio general o canon de construcción, que guía la interpretación de todos los acuerdos internacionales. Según este principio, es razonable que el intérprete suponga que las partes “tienen la intención de que las disposiciones del tratado tengan un cierto efecto y no que carezcan de sentido.”¹⁶ Por lo tanto, si todas las

¹⁴ Se ha afirmado repetidamente por los tribunales internacionales el rol central del objetivo y propósito en la interpretación de los tratados, especialmente de aquellos planeados para proteger a las personas. Ver por ejemplo, *Reservas sobre el Convenio sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio*, 1951 I.C.J. 15, 23; *Reformas propuestas a las medidas de naturalización de la Constitución de Costa Rica*, 1984 Corte Inter americana de derechos humanos. (ser. A) No. 4, ¶ 23; *Hirsi Jamaa y otros contra Italia*, App. No. 27765/09, Eur. Ct. Hum. Rts. Grand Chamber, ¶ 171 (2012).

¹⁵ EIRIK BJORGE, *LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LOS TRATADOS* 113 (2014).

¹⁶ *LEY INTERNACIONAL DE OPPENHEIM, VOLUMEN 1 (PAZ)* 1280 (9ª ed., Robert Jennings y Arthur Watts responsables de la edición. 2008).

otras cosas son iguales, un intérprete debe elegir una versión que proponga un término que sea eficaz para lograr el objetivo y propósito del tratado y no una que no consiga esto.

El objetivo y el propósito globales del TM son la promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad de lectura de textos impresos ordinarios por medio de la ampliación de su acceso a obras protegidas por derecho de autor en forma coherente con las normas existentes de la legislación internacional de la PI. Varias características del tratado apoyan esta conclusión. Primero, como su título proclama, el Tratado procura *“facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso”* (se agregó la letra cursiva para subrayar el texto). Segundo, el Preámbulo hace referencia explícita a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la CDPD y reitera el deseo de las partes de “armonizar las limitaciones y excepciones [al derecho de autor] con vistas a facilitar el acceso y uso de obras por personas con discapacidad visual u otras dificultades de lectura.”¹⁷ Tercero, el TM identifica expresamente a las personas con discapacidad de lectura como “personas beneficiarias”, y subraya la crucial importancia de sus derechos humanos para lograr las metas de Tratado. Finalmente, a diferencia de otros acuerdos de PI, el TM no amplía las normas de protección del derecho de autor, más bien, requiere que los estados que lo ratifiquen adopten excepciones obligatorias al derecho de autor y las identifica como presuntamente compatibles con las reglas internacionales de PI.

Por todas estas razones, los estados y otros actores deben interpretar e implementar el Tratado de Marrakech para promover su objetivo y

¹⁷ Estas referencias subrayan que el TM ayuda a los estados a lograr los objetivos de accesibilidad de la legislación internacional de derechos humanos, incluida la obligación que figura en el artículo 30(3) de la CDPD de tomar “todas las medidas pertinentes, de conformidad con el derecho internacional, a fin de asegurar que las leyes de protección de los derechos de propiedad intelectual no constituyan una barrera excesiva o discriminatoria para el acceso de las personas con discapacidad a materiales culturales”. Véase también el Borrador de Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de la Gente, sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobado el 25 de febrero de 2016, Artículo 19.2(d) http://www.achpr.org/files/news/2016/04/d216/disability_protocol.pdf (que requiere que los estados garanticen a las “personas con discapacidad visual o con otras dificultades de lectura un acceso eficaz a las obras publicadas, incluidos ... haciendo los cambios que convengan al sistema internacional de derechos de autor.

propósito de mejorar la disponibilidad de ejemplares en formatos accesibles a las personas con discapacidad de lectura. Aunque el TM usa las doctrinas y políticas de la ley de derecho de autor para lograr su objetivo, la finalidad fundamental que tiene es mejorar los derechos humanos de estas personas. A la hora de decidir cómo poner en práctica el TM, por lo tanto, los estados deben interpretarlo de maneras que permitan el progreso de su objetivo y propósito.¹⁸ La Parte 2 de la Guía identifica propuestas políticas y recomendaciones específicas coherentes con este abordaje.

1.2.2. Adaptación del Tratado de Marrakech a condiciones cambiantes

El Tratado de Marrakech debe ser interpretado e implementado a la luz de las circunstancias contemporáneas y de manera que responda a los cambios en las leyes, en la política y la tecnología. Quienes adoptan las decisiones deben dar a los términos del tratado un significado evolutivo (antes que fijarlo en el momento de la aprobación del instrumento), si surge del texto, contexto y objetivo y propósito que el alcance debe evolucionar con el tiempo. Por ejemplo, un término genérico puede indicar que quienes lo redactaron tenían la intención de que el concepto evolucionara al paso del tiempo para que se tomaran en cuenta las condiciones y desafíos del presente. También se puede leer un término a la luz de las condiciones actuales para explicar los nuevos desarrollos tecnológicos u otras circunstancias que los autores no consideraron o no pudieron tener en cuenta. Este enfoque evolutivo ayuda a garantizar que el tratado siga siendo eficaz para lograr su objetivo y propósito.

Con respecto al TM, los estados necesitarán interpretar e implementar los derechos de las personas con discapacidad de lectura a la luz de las nuevas tecnologías y de la evolución de los significados de la discapacidad. La intención objetiva de quienes redactaron el Tratado fue garantizar que las personas con discapacidad de lectura pudieran producir y compartir ejemplares en formatos accesibles aun cuando los métodos para hacerlas y distribuir las cambien con el tiempo. Esto está

¹⁸ En el caso de tratados planeados para proteger a las personas, se deben favorecer las interpretaciones que sean más protectoras sobre las que lo son menos. Rudolf Bernhardt, *Interpretación evolutiva de los Tratados, Especialmente en la Convención Europea de Derechos Humanos*, 42 GERMAN Y.B. INT'L L. 11, 14 (1999).

implicado en el texto del Tratado, que define “copia en formato accesible” por la referencia a su calidad de tal antes que a una tecnología en particular. Como resultado, los estados no deben restringir las excepciones y limitaciones a los formatos existentes o a dispositivos en particular. Más bien, la puesta en práctica de la legislación tiene que ser abierta para abarcar explícitamente los avances tecnológicos que se puedan desarrollar en el futuro. Una definición abierta también asegura el mayor acceso posible a obras protegidas por derecho de autor. Por consiguiente, aunque los estados puedan proporcionar ejemplos de copias en formatos accesibles (como ser, macrotipos, texto digital, libros electrónicos, entre otros) al implementar la legislación tienen que indicar expresamente que estos ejemplos son ilustrativos y no exhaustivos.

1.2.3. *Promover la coherencia con la CDPD*

Uno de los objetivos del TM, como se establece en el Preámbulo, es cumplir “los principios de no discriminación, igualdad de oportunidades y plena y efectiva participación e inclusión en la sociedad” protegidos en la CDPD y la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Estas referencias cruzadas revelan que el TM encarna muchos de los principios y valores nucleares de la CDPD. Además, dado que más del 85 por ciento de los estados miembros de la ONU han ratificado la CDPD, la mayoría de los países que han ratificado el TM ya se habrán unido a ella. Como resultado, las interpretaciones del Comité de la CDPD pueden ayudar a guiar a los estados a hacer elecciones que cumplan con el objetivo y propósito del TM.¹⁹ En esta subsección se analizan el origen de la CDPD y los principios nucleares que le dan vida, elaborados por su Comité.²⁰

¹⁹ Los estados pueden tener obligaciones bajo otros tratados de derechos humanos para garantizar la accesibilidad a materiales culturales a quienes tienen discapacidad de lectura. Ver, por ejemplo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General N° 5 (Personas con discapacidad), Doc. de la ONU E/1995/22 (1994), ¶ 5.

²⁰ Los tribunales comerciales también subrayaron la importancia de integrar diferentes regímenes internacionales. Por ej., *Estados Unidos – Prohibición de Importar ciertos camarones y productos derivados de ellos*, WT/DS58/AB/R (1998), ¶ 129 (donde se subraya que las excepciones a las normas del libre comercio “deben leerse por un intérprete del tratado a la luz de las preocupaciones contemporáneas de la comunidad de naciones”); *Comunidades Europeas y ciertos estados miembros – Medidas que afectan el comercio en grandes aviones civiles*,

1.2.3.1 Antecedentes de la CDPD

La CDPD es un acuerdo de derechos humanos legalmente vinculante que apunta a promover y proteger los derechos de las personas con discapacidad. Entró en vigencia el 3 de mayo de 2008 y está acompañado de un Protocolo Facultativo que autoriza a las personas y grupos a presentar comunicaciones sobre violaciones a la CDPD por estados que hayan ratificado su Protocolo. Hasta octubre de 2016, 168 países han ratificado la CDPD y 92, el Protocolo Facultativo. El Comité de la CDPD, un cuerpo de tratado creado por la convención, revisa estas presentaciones e informes de todos los Estados Partes relacionados con la puesta en práctica de este instrumento. El Comité somete los informes de su trabajo a la Asamblea General de la ONU.

Dio impulso a la adopción de la CDPD el reconocimiento de que los derechos de las personas con discapacidad física y mental, aunque estaban implícitos ya en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, no estaban adecuadamente concretados o protegidos. La CDPD, sobre la base de esos instrumentos preexistentes, desarrolla y articula los derechos con más precisión y proporciona descripciones más específicas de los deberes de los estados. En particular, la CDPD pone énfasis en que las personas discapacitadas poseen derechos humanos que los estados están obligados a cumplir; requiere medidas para remediar la situación de las personas cuyos derechos se hayan violado; y exige la participación de las personas discapacitadas en la creación y puesta en práctica de leyes, políticas y tecnología que beneficien sus derechos.

1.2.3.2. Principios centrales de la CDPD

La accesibilidad y la no discriminación son principios interpretativos centrales de la CDPD y, por extensión, del TM, que procura cumplir, en parte, los derechos delineados en la CDPD.

Accesibilidad: Un propósito central de la CDPD es permitir la participación de las personas con discapacidad en todos los aspectos

WT/DS316/AB/R (2011), ¶ 845 (donde se pone el acento en “los principios de integración sistémica que ... procuran garantizar que las obligaciones internacionales se interpreten en referencia a su entorno normativo de modo que se dé coherencia y significado al proceso de interpretación legal”) (se han omitido las citas internas y las comillas).

de la sociedad. El Artículo 1 dispone que el propósito de la Convención es "promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente." En los párrafos "e" e "y" del Preámbulo se identifican los dos objetivos de la Convención que contribuyen a la eliminación de la desventaja social experimentada por las personas con discapacidad y promueven su plena participación en todas las esferas de la vida, tanto en los países desarrollados como en los que están en vías de desarrollo.

La accesibilidad del entorno físico, social, económico y cultural es una precondition crítica para que las personas discapacitadas participen plenamente en la sociedad y disfruten de sus derechos. El énfasis en la accesibilidad refleja el modelo social de la discapacidad que constituye la base de la CDPD. Este modelo reconoce que la discapacidad no es el resultado de una condición física o mental de una persona sino, más bien, es el producto de las barreras ambientales que impiden que una persona con discapacidad pueda participar plenamente en la sociedad sobre una base de igualdad con los demás. (CDPD, Preámbulo) Un enfoque basado en los derechos, requiere que el estado elimine las barreras que se oponen al disfrute de los derechos y cree las condiciones necesarias para que todos participen significativamente en la sociedad. El Comité de la CDPD reafirmó la importancia de la accesibilidad, a la que le dedicó un Comentario General. Según el Comité, la accesibilidad es una condición previa para el cumplimiento y disfrute de los derechos protegidos por la CDPD.²¹ Por ejemplo, el acceso a la información es una condición previa para que sean realidad los derechos de libertad de expresión, educación y participación en la cultura.²²

En diversos artículos de la CDPD se requiere expresamente que los estados tomen medidas para asegurar el acceso a obras impresas. Esto incluye disposiciones que protegen el acceso a la información y la comunicación (Artículo 9), libertad de expresión (Artículo 21), derecho a la educación (Artículo 24), y derecho a participar en la vida cultural

²¹ Comentario General Nº 2, nota anterior 10, ¶ 36.

²² *Id.* ¶¶ 38, 39, 44.

(Artículo 30).²³ Más específicamente, el Artículo 30 requiere que los estados modifiquen las leyes de derechos de autor y otras de la PI para facilitar el acceso a materiales culturales, una obligación que el Comité de la CDPD indicó que puede ser satisfecha en parte por la unión al Tratado de Marrakech.²⁴

No discriminación. La no discriminación es un principio central de las leyes de derechos humanos internacionalmente y la piedra angular de todos los tratados en esta área. En el Artículo 1 de la CDPD se subraya la igualdad al destacar que el propósito de la Convención es “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad.” En el Artículo 4 se obliga a los estados a tomar todas las medidas adecuadas para cambiar las leyes y políticas a fin de eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad.

Existe discriminación cuando un estado fracasa en asegurar la accesibilidad o en eliminar las barreras que impiden a las personas disfrutar de sus derechos en condiciones de igualdad con los demás. Como explicó el Comité de la CDPD, se ha de entender el deber del estado de garantizar el acceso a la información y la comunicación a la luz de la obligación de evitar la discriminación. “Negar el acceso a ... la información y comunicación ... constituye un acto de discriminación basado en la discapacidad, lo que se prohíbe en el Artículo 5 de la Convención.”²⁵

²³ Estos derechos también están protegidos por otros tratados, incluidos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales (ICESCR). El derecho a tomar parte en la vida cultural, por ejemplo, se garantiza en el Artículo 15.1(a) del segundo de estos instrumentos. La CDPD proporciona una descripción más detallada del significado de este derecho para las personas con discapacidad y qué deberes tienen los estados para su cumplimiento, que en este caso, incluye la obligación de garantizar que las leyes de PI no impidan la participación de las personas con discapacidad en la cultura. CDPD, art. 30.3. Por consiguiente, aunque la CDPD sea más explícita en esto, a un estado que haya ratificado el ICESCR pero no la CDPD se le exige igual que elimine las barreras que impiden que las personas con discapacidad de lectura tengan acceso a materiales culturales, lo que incluye las barreras creadas por la legislación de PI.

²⁴ Comentario General Nº 2, nota anterior 10, ¶ 45.

²⁵ *Id.* ¶ 34.

En su Comentario General N° 2, el Comité de la CDPD deja explícita la estrecha relación entre accesibilidad y no discriminación. Según este cuerpo, el compromiso del Artículo 9 de asegurar que todas las personas con discapacidad tengan acceso en igualdad de condiciones a bienes y servicios “se origina en la prohibición de la discriminación; negar acceso debería considerarse como un acto de discriminación sin tener en cuenta si el perpetrador es una entidad pública o privada.”²⁶ Por lo tanto, al analizar las obligaciones del estado, el Comité señala explícitamente que “se debería definir la negación del acceso como un acto prohibido de discriminación”.²⁷ Según se aplican los principios de accesibilidad y no discriminación en el Tratado de Marrakech, orientan a los países que lo ratifican a facilitar la disponibilidad de obras protegidas por derechos de autor en una amplia variedad de formatos apropiados y a asegurar que las personas con discapacidad de lectura puedan acceder, disfrutar y compartir esas obras sustancialmente en los mismos términos que las personas que tienen visión plena.

1.2.3.3. Consultas con las partes interesadas

Una medida importante de la CDPD es la obligación de consultar con las personas y grupos involucrados, incluso con respecto a la implementación de las obligaciones del tratado en las leyes y políticas domésticas. Este requisito de consulta aparece en el Artículo 4.3 de la Convención, que establece:

En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente

²⁶ *Id.* ¶ 13. En el Comentario General, el Comité vincula explícitamente las obligaciones del Artículo 9 con respecto a accesibilidad con la prohibición de discriminación en el Artículo 5. *Id.* ¶ 34 (negación del acceso, incluidas la información y la comunicación, “constituye un acto de discriminación basado en la discapacidad que está prohibido por el Artículo 5 de la Convención”); *cf.* *Szilvia Nyustiy y Péter Takács contra Hungría (Puntos de vista)*, Comunicación N° 1/2010, Doc. ONU N° CDPD/C/9/D/1/2010 (21 de junio de 2013), ¶ 9.4 (donde se pone de relieve la conexión conceptual entre accesibilidad y no discriminación al encontrar una violación al Artículo 9, basada en el fallo del estado en cuanto a asegurar la accesibilidad a los cajeros automáticos de los bancos.

²⁷ Comentario General N° 2, *nota anterior* 10, ¶ 29.

con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan.

La obligación de consulta no termina con la adopción de leyes que la implementen. En el Artículo 33.3 de la CDPD se sustenta que los grupos de la sociedad civil, las organizaciones de derechos de la discapacidad y las personas con discapacidad “estarán integradas y participarán plenamente en todos los niveles del proceso de seguimiento” de la Convención. Las consultas proporcionan al gobierno aportes cruciales para redactar una legislación y reglamentación apropiadas y lo ayudan a identificar y superar barreras que se opongan al cumplimiento de los objetivos de la CDPD.

Para asegurar la coherencia con la CDPD y otros tratados de derechos humanos, los estados que ratifiquen el Tratado de Marrakech deben consultar con las personas con discapacidad de lectura y con las organizaciones que abogan por ellos y les proporcionan servicios, en todas las etapas del proceso de implementación. Estas etapas incluyen preparar, revisar y poner en práctica la legislación, identificar instituciones apropiadas para el control, evaluar si se utilizan realmente las disposiciones de acceso y de compartir del Tratado, y preparar informes para los organismos internacionales de derechos humanos. Para facilitar una amplia participación en estas actividades, los gobiernos deben poner a disposición todos los documentos y registros relevantes en formatos accesibles.

Los estados deben igualmente consultar con las personas con discapacidad de lectura tanto al redactar la legislación que incorpore el TM a las leyes y políticas nacionales como al controlar cómo funcionan las mismas en la práctica. Por ejemplo, los estados con mayor capacidad administrativa tienen que poner en marcha un proceso de consulta en relación con la redacción de leyes para implementarlas, invitar a las organizaciones de derechos de la discapacidad a que presenten propuestas de nuevas leyes y normativas, asistir a audiencias públicas sobre la redacción de leyes y dar testimonio o hacer presentaciones por escrito a los comités parlamentarios que las estudian. Los estados con una capacidad más limitada podrían crear un grupo de dirección formado por personas con discapacidad de lectura y las organizaciones que las representan a fin de que hagan aportes al gobierno a la hora de implementar el TM.

La obligación de consulta con respecto al proceso de control del TM podría incluir, por ejemplo, involucrar a las entidades autorizadas y a las organizaciones de derechos de la discapacidad en la planificación de estudios empíricos para determinar si las excepciones y limitaciones a las leyes de derecho de autor requeridas por el TM amplían realmente la disponibilidad e intercambio transfronterizo de copias en formatos accesibles. Esos grupos son asociados cruciales para incrementar la concienciación acerca de los derechos que proporciona el TM, concienciación que estimula el aporte con respecto a políticas relevantes a la implementación del mismo.

Capítulo 2

Elecciones legales y políticas en el Tratado de Marrakech

Como se analizó en el Capítulo 1, un objetivo central de Tratado de Marrakech es facilitar la posibilidad de crear, compartir y distribuir ejemplares en formatos accesibles para beneficio de las personas con discapacidad de lectura. Para cumplir esta meta, el TM requiere que los estados que lo ratifiquen hagan enmiendas en sus leyes nacionales para incluir una variedad de excepciones y limitaciones a los derechos de autor de sus titulares. En el Capítulo 2 de la Guía se proporciona una visión artículo por artículo de las medidas esenciales del TM y se ofrece una guía para interpretarlas e implementarlas de manera que sean coherentes con los objetivos del Tratado. Cada tema comienza con un breve resumen seguido por el texto de la disposición del caso. Luego se ofrece un análisis detallado del texto así como recomendaciones en cuanto a la manera en que los estados deben incorporar las obligaciones correspondientes en sus respectivas leyes nacionales.

2.1. Obras protegidas por derechos de autor que abarca el Tratado de Marrakech

El Tratado de Marrakech se aplica a una amplia categoría de obras protegidas por derechos de autor. En particular, el Artículo 2(a) dispone que las excepciones y limitaciones para beneficio de las personas con discapacidad de lectura se aplican a especiales “obras literarias y artísticas”, expresión de arte especificada en la ley internacional de derechos de autor. Sin embargo, el TM va más allá de esa definición al subrayar que el Tratado se aplica a tales obras sin tener en cuenta el medio en que aparezcan.

TEXTO DEL TRATADO DE MARRAKECH

Artículo 2(a): A los fines de este Tratado, "obras" significa las obras literarias y artísticas definidas en el artículo 2(1) del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, en forma de texto, notación y/o ilustraciones conexas con independencia de que hayan sido publicadas o puestas a disposición del público por cualquier medio.

La frase "obras literarias y artísticas" definida en el Artículo 2(1) del Convenio de Berna es extremadamente amplia. Incluye "todas las producciones en el campo literario, científico y artístico" con excepción de las audiovisuales. Las obras específicas protegidas por derechos de autor en el Artículo 2(1) que, por lo tanto, están protegidas por el Tratado de Marrakech incluyen: "libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales;" así como "ilustraciones, mapas, planos, croquis".

En el Artículo 2(1) del Convenio de Berna se subraya que una obra literaria o artística es apta para ser protegida por derecho de autor "cualquiera que sea el modo o forma de expresión." En el Artículo 2(a) del TM se incorpora esta frase por referencia y se amplía su alcance. Específicamente, en el Artículo 2(a) se aclara que el TM abarca las obras literarias y artísticas independientemente de que "hayan sido publicadas o puestas a disposición del público por cualquier medio." La Declaración Concertada del Artículo 2(a) también deja claro que las obras literarias y artísticas "incluyen las que tienen formato de audio, como los audiolibros."

Las disposiciones descritas más arriba brindan 2 puntos de vista principales. Primero, el TM se aplica tanto a obras publicadas como a las no publicadas. Por consiguiente una persona con discapacidad de lectura puede producir y compartir ejemplares en formatos accesibles de obras que se consideren no publicadas según la ley nacional. Segundo, esto significa que los derechos del TM son tecnológicamente neutrales. Las personas con discapacidad de lectura pueden producir y compartir obras protegidas por derechos de autor independientemente del medio o formato tecnológicos en que aparecen. Así, por ejemplo, un estado que ratifica el TM debe proporcionar excepciones y

limitaciones que permitan a las personas beneficiadas producir y compartir no sólo libros hablados sino también obras “digitales natas” originadas en forma digital, tales como libros electrónicos, wikis (páginas web cuyos contenidos pueden ser editados por múltiples usuarios), grabaciones electrónicas y webcomics (historietas disponibles para su lectura en internet).²⁸

2.2. Ejemplares en formato accesible

Una característica muy importante del TM es la autorización para que los beneficiarios y entidades autorizadas (definidas en la siguiente subsección de esta Guía) produzcan ejemplares en formatos accesibles. En el Artículo 2(b) se define “ejemplar en formato accesible” en términos flexibles y neutrales con respecto al formato para asegurar que las personas con discapacidad de lectura puedan usar cualquiera de ellos que les brinde acceso tan factible y cómodo como el que disfrutaban las personas sin tal discapacidad.

TEXTO DEL TRATADO DE MARRAKECH

Artículo 2(b): Por "ejemplar en formato accesible" se entenderá la reproducción de una obra, de una manera o forma alternativa que dé a los beneficiarios acceso a ella, siendo dicho acceso tan viable y cómodo como el de las personas sin discapacidad visual o sin otras dificultades para acceder al texto impreso. El ejemplar en formato accesible será utilizado exclusivamente por los beneficiarios y debe respetar la integridad de la obra original, tomando en debida consideración los cambios necesarios para hacer que la obra sea accesible en el formato alternativo y las necesidades de accesibilidad de los beneficiarios.

En el Artículo 2(b) se deja claro que las personas beneficiarias y las entidades autorizadas pueden hacer una copia de una obra protegida por derechos de autor en cualquier manera o forma necesaria para garantizar que sea accesible. En especial, el TM no limita la producción

²⁸ Ver Ricky Erway, *Definir "Digital Nato,"* Online Computer Library Center (Centro de Biblioteca por Computadora en Línea (Nov. 2010),

<http://www.oclc.org/content/dam/research/activities/hiddencollections/borndigital.pdf>.

de ejemplares de tales obras en formatos especiales, como el braille, que son los que tradicionalmente usan las personas con discapacidad de lectura. Por el contrario, un “ejemplar en formato accesible” se define como hecho de una “manera o forma que dé a los beneficiarios acceso a ella”. Según la persona y su discapacidad, esto puede incluir formatos que también puedan ser usados por personas sin discapacidad de lectura, tales como un libro electrónico o un libro hablado.²⁹ Limitar el TM a ejemplares que *sólo* pueden ser usados por personas con discapacidad de lectura, como parece sugerir un comentarista³⁰, excluiría ilógicamente de los beneficios del TM a todas las personas con discapacidad que no usan o no pueden usar esos formatos especiales.

Varias consideraciones adicionales subrayan la importancia del enfoque del formato flexible y neutral, adoptado por el Artículo 2(b). Primero es imposible predecir el avance de las necesidades específicas de todas las personas con discapacidad de lectura. El formato o formatos que, en particular, permita acceder a una obra de un modo “tan viable y cómodo” como lo es para una persona sin discapacidad de lectura, ya sea un libro electrónico, un libro hablado, Daisy, o EPUB3, dependerá del tipo especial de discapacidad que experimente esa persona y su interacción con otras condiciones físicas o mentales, entre otros factores. Segundo, un abordaje flexible, neutral con respecto al formato, asegura que el TM evolucionará para tomar en cuenta el surgimiento de nuevas tecnologías. Al implementar la legislación nacional, los estados deben por consiguiente, incluir expresamente una definición flexible, neutral en cuanto al formato tanto para abarcar la evolución tecnológica futura como para promover la accesibilidad de las obras amparadas.

2.3. ENTIDADES AUTORIZADAS

2.3.1. Introducción y visión de conjunto

Para garantizar que las personas con discapacidad de lectura disfruten de un amplio acceso a la literatura y a las obras artísticas, el TM

²⁹ La Declaración Concertada con respecto al Artículo 2(a) define “obras” con inclusión de las que tienen formato audio, como los libros hablados.”

³⁰ Ver Mihály J. Ficsor, *Comentario al Tratado de Marrakech sobre ejemplares en formato accesible para discapacitados visuales* en 15, ¶ 6 (2013).

faculta a una variedad de actores a crear y compartir ejemplares en formatos accesibles. Entre tales actores se incluyen no sólo las “personas beneficiarias” mismas (frase que se analiza en detalle más adelante), sino también una “persona que las cuide o se ocupe de su atención” así como también a cualquiera que “actúe en... nombre” de ellas (Artículo 4(2)(b).) Esta amplia lista refleja la realidad ya que muchas personas con discapacidad de lectura requieren asistencia para involucrarse en las actividades de la vida cotidiana, incluido el acceso a libros y su lectura y el uso de materiales culturales.

En reconocimiento de estos desafíos, el TM también designa una categoría adicional de actores, conocidos como “entidades autorizadas” como ayuda de las personas discapacitadas. Tales entidades tienen derecho a producir ejemplares en formato accesible, obtenerlos por medio de otros beneficiarios y entidades autorizadas, y distribuirlos, o ponerlos a disposición de personas que las necesiten y a entidades autorizadas de otros países. Por lo tanto, estas son cruciales para el logro del objetivo global de TM de superar las considerables barreras que enfrentan actualmente las personas con discapacidad de lectura para hacer y compartir ejemplares en formatos accesibles.

En esta sección de la Guía se analiza la frase “entidades autorizadas” según se las define en el Artículo 2(c) del TM. Como se explica más adelante, tales entidades pueden ser instituciones gubernamentales o públicas u organizaciones no lucrativas o grupos que brindan una variedad de servicios a las personas con discapacidad de lectura. Algunas entidades autorizadas atienden principalmente a esas comunidades. Sin embargo, el TM reconoce un conjunto mucho más numeroso de grupos públicos o no lucrativos y de organismos, entre los que se incluyen escuelas, bibliotecas, organizaciones de atención de salud y grupos de la sociedad civil, cuyas actividades procuran beneficiar a la sociedad como un todo, incluidas las personas con discapacidad de lectura.

Además, en el Artículo 2(c) se define una entidad autorizada como la que crea y sigue sus propias prácticas, entre otras cosas, para asegurar que aquellos a quienes atienden sean personas beneficiarias. Se requiere que una entidad autorizada limite su distribución de ejemplares en formatos accesibles a personas beneficiarias u otras entidades autorizadas. Por esta razón y por la diversidad de organizaciones y grupos que pueden calificar como entidades

autorizadas, hay una amplia variedad de prácticas que son consecuentes con el texto del Artículo 2(c).

TEXTO DEL TRATADO DE MARRAKECH

Artículo 2(c): Por "entidad autorizada" se entenderá toda entidad autorizada o reconocida por el gobierno para proporcionar a los beneficiarios, sin ánimo de lucro, educación, formación pedagógica, lectura adaptada o acceso a la información. Se entenderá también toda institución gubernamental u organización sin ánimo de lucro que proporcione los mismos servicios a los beneficiarios, como una de sus actividades principales u obligaciones institucionales.

Una entidad autorizada establece y sigue sus propias prácticas:

- (i) Determinar que las personas a quienes brinda servicio son beneficiarias;
- (ii) Limitar a ellas y/o a entidades autorizadas la distribución y puesta a disposición de copias en formatos accesibles;
- (iii) Desalentar la reproducción, distribución y puesta a disposición de copias no autorizadas; y
- (iv) Poner el debido cuidado en el material y en sus registros de la manipulación de copias de obras, mientras se respeta la privacidad de los beneficiarios según el Artículo 8 que se refiere a este tema.

2.3.2. *Tipos de entidades autorizadas*

En el TM, se define a las entidades autorizadas principalmente en referencia a los servicios que brindan a las personas con discapacidad de lectura. En el Artículo 2(c) se enumeran cuatro servicios distintos: (1) educación, (2) adiestramiento instructivo, (3) lectura adaptada, (4) acceso a la información. Cada servicio está separado por la palabra "o", lo que significa que una organización o grupo que se ocupa de una sola de estas actividades califica igual como entidad autorizada (aunque pueda llevar a cabo múltiples actividades). El o los servicios que la organización o grupo ofrezca debe brindarse en forma no lucrativa. Las entidades privadas lucrativas, tales como las universidades y escuelas lucrativas, servicios médicos y proveedores de servicios de Internet, no cualifican como entidades autorizadas incluso aunque brinden uno o más de los servicios enumerados a

personas con discapacidad de lectura (Como se observa más abajo, no obstante, una organización lucrativa puede ser una entidad autorizada si cuenta con la aprobación o reconocimiento del gobierno.)

El Tratado no define los términos no lucrativo o lucrativo; por eso, esta determinación se hará según las leyes internas aplicables en cada estado. Sin embargo, el estatus no lucrativo no excluye que una organización autorizada cobre un precio por producir o compartir copias en formatos accesibles, por ejemplo, para cubrir sus gastos. Las restricciones, si las hubiere, sobre la tarifa que las entidades autorizadas pueden cargar por cumplir estos actos de servicio también se van a determinar por las leyes internas de cada país que regulan el sector no lucrativo.

Aunque las organizaciones lucrativas generalmente no cualifican como entidades autorizadas según el TM, esto no significa que se les prohíba hacer copias en formato accesible y que las comparta con personas con discapacidad de lectura, con el pago de honorarios o sin ellos. Tales servicios, sin embargo, tienen que justificarse según las excepciones de derechos de autor distintas de las que requiere el TM, o en cumplimiento de otras leyes nacionales, tales como la legislación que protege los derechos de las personas discapacitadas.

Las entidades autorizadas pueden ser, pero no es obligatorio, reconocidas por el gobierno. Como se explica más adelante, una entidad autorizada puede ser cualquier grupo u organización que brinde servicios a sus beneficiarios. Esto queda explícito en las dos primeras oraciones del Artículo 2(c), que describe dos distintos tipos de entidad autorizadas, organizaciones reconocidas por un gobierno y las que no cuentan con tal reconocimiento. Un proceso de reconocimiento puede ayudar a darles la seguridad de que están autorizadas a producir ejemplares accesibles. No obstante, cualquier proceso de ese tipo debe evitar ser una carga para las entidades autorizadas o desalentar a las organizaciones no reconocidas con respecto al ejercicio de sus derechos según el TM.

2.3.2.1. ENTIDADES QUE PROPORCIONAN SERVICIOS A BENEFICIARIOS

Cualquier organización o grupo no lucrativo tiene derecho a hacer y compartir copias en formatos accesibles si brinda a personas beneficiarias uno de los servicios enumerados. Como se dijo antes,

una organización o grupo no tiene que estar reconocido ni obtener permiso del gobierno para hacer y compartir copias en formatos accesibles como parte de los servicios que ofrece a las personas con discapacidad de lectura. Esto es evidente por la segunda oración del Artículo 2(c), que se refiere a cualquier organización “sin ánimo de lucro que proporcione los mismos servicios a los beneficiarios.” La Declaración Concertada del Artículo 9 subraya más todavía esta conclusión, que rechaza “el registro obligatorio” como una condición previa para que las entidades autorizadas se involucren en las actividades reconocidas en este Tratado.³¹

Consecuente con este punto de vista, cualquier organización que brinda uno o más servicios enumerados en el Artículo 2(c) puede actuar como entidad autorizada y llevar a cabo todas las actividades permitidas por el TM sin aprobación del gobierno o permiso de los titulares de los derechos de autor. Las entidades autorizadas abarcan organizaciones cuya misión es asistir a las personas con discapacidad de lectura y ofrecerles servicios tales como educación, adiestramiento instructivo y obras impresas y materiales culturales en formatos accesibles. Tales grupos, incluyen por ejemplo, a la Unión Mundial de Ciegos, a organizaciones similares de defensa global y a sus afiliados regionales y nacionales, escuelas, bibliotecas e imprentas que atienden principalmente a personas con discapacidad de lectura.

El TM, sin embargo, no limita las entidades autorizadas a los grupos mencionados. Por el contrario, brindar servicios a las personas con discapacidad de lectura sólo tiene que ser “*una* de las principales actividades [del grupo] u obligaciones institucionales.” (Artículo 2(c) - se agregó la letra cursiva para subrayar el texto.) Esta frase se debe interpretar en forma amplia para incluir las instituciones educativas, bibliotecas, organizaciones de atención de salud, grupos de la sociedad civil y otras organizaciones gubernamentales o no lucrativas que están abiertas al público en general o que atienden a una base más amplia de miembros o clientes, si una de sus principales actividades es proporcionar un servicio de los enumerados en el Artículo 2(c). Por

³¹ La Declaración Concertada con respecto al Artículo 9 dispone: “Queda entendido que el artículo 9 no implica registro obligatorio para las entidades autorizadas ni constituye un requisito previo para que las entidades autorizadas realicen las actividades contempladas en el presente Tratado; pero en él se prevé la posibilidad de compartir información para facilitar el intercambio transfronterizo de ejemplares en formato accesible.

ejemplo, al interpretar el lenguaje en la ley de EEUU, que es más limitada que el TM, la corte del distrito federal en *Cofradía de autores, Inc. contra HathiTrust*, encontró sin embargo que las bibliotecas de instituciones educativas tienen la función primaria de distribuir materiales a las personas con discapacidad de lectura y por lo tanto, cualifican como entidades autorizadas según la Enmienda Chafee a la Ley de Derechos de Autor de 1976. Esta excepción benefició a toda esa población en el país.³²

Incluir a las organizaciones que atienden al público en general como “entidades autorizadas” impulsa los objetivos de derechos humanos del TM de múltiples maneras. La financiación más generosa que muchas de estas organizaciones reciben les permite proporcionar servicios más amplios o de bajo costo a las personas con discapacidad de lectura. La inclusión también posibilita que los beneficiarios se eduquen y formen en las mismas instituciones que quienes no tienen dificultades de lectura, lo que facilita la integración social. Por estas razones, los estados tienen que alentar a las organizaciones con propósitos generales a colaborar como entidades autorizadas y deben reflejar claramente tal política en la implementación de la legislación nacional.

2.3.2.2. ENTIDADES RECONOCIDAS POR EL GOBIERNO

Las organizaciones que están explícitamente reconocidas o aprobadas por el gobierno pueden ser también entidades autorizadas a producir y compartir copias en formatos accesibles. Pueden estar en esta categoría instituciones públicas, tales como un departamento de un ministerio gubernamental o una biblioteca pública. igualmente, pueden ser privadas, no lucrativas, tales como los grupos de derechos de la discapacidad u organizaciones de defensa. Finalmente, esta categoría incluye a las entidades lucrativas, tales como una cárcel lucrativa reconocida por el gobierno como prestadora de servicios a personas con discapacidad de lectura.

Los gobiernos pueden adoptar un proceso para que estos organismos soliciten su reconocimiento o establecer criterios que, si se cumplen, se presupone que les confieren tal condición. Estos procesos o criterios

³² *Cofradía de Autores, Inc. contra HathiTrust*, 902 F. Supp. 2d 445, 465 (S.D.N.Y. 2012), afectada en parte y vaciada en parte por otros motivos, 755 F.3d 87 (2d Cir. 2014).

pueden estar incluidos en la legislación o en las reglamentaciones administrativas o ser aplicados caso por caso. Cualquiera fuere el abordaje que se adopte, el estado tiene que dar seguridad de que las entidades reconocidas tienen derecho a producir y compartir ejemplares en formatos alternativos sin permiso de los titulares de los derechos, a fin de poner freno a las amenazas de juicios legales por infringir el derecho de autor.

Los gobiernos que adopten un proceso de reconocimiento o certificación, deben, sin embargo, asegurar que ninguna gestión de ese tipo se convierta en una barrera para las organizaciones que prestan servicios a personas con discapacidad de lectura, incluidas las entidades autorizadas no reconocidas por el gobierno. Por ejemplo, cualquier proceso de ese tipo debe ser fácil de seguir y se debe evitar que resulte una carga financiera para los que lo soliciten. Además, el gobierno debe comunicar claramente a los solicitantes, a los grupos de la sociedad civil y al público que no es necesario el reconocimiento para que una organización que brinda servicios a los beneficiarios, así como para que los mismos beneficiarios, produzcan y compartan copias en formatos accesibles.

También es importante distinguir el reconocimiento del gobierno de la manera en que se financia una entidad autorizada. Como se explica en la Declaración Concertada del Artículo 2(c), las entidades autorizadas incluyen pero no se limitan a "entidades que reciben apoyo financiero del gobierno."³³ Siempre y cuando la organización o grupo sea no lucrativo, u ofrezca servicios a personas con discapacidad de lectura sobre una base no lucrativa, el hecho de que reciba toda, alguna o ninguna financiación del estado no afecta su estatus como entidad autorizada.

2.3.3. Prácticas de las entidades autorizadas

La segunda parte del Artículo 2(c) describe cuatro prácticas que definen a las entidades autorizadas y que se relacionan con las que cumplen en el marco del TM, o sea, producir, acceder y compartir o

³³ La Declaración Concertada del Artículo 2(c) dispone: "A los efectos del presente Tratado, queda entendido que "entidades reconocidas por el gobierno", podrá incluir entidades que reciban apoyo financiero de este último para proporcionar a los beneficiarios, sin ánimo de lucro, educación, formación pedagógica, lectura adaptada o acceso a la información."

distribuir a través de las fronteras copias en formatos accesibles. Tres de las cuatro prácticas procuran asegurar que estas acciones se desarrollen en nombre de las personas beneficiarias y otras entidades autorizadas, y que las personas, grupos y organizaciones que cualifiquen para ello no se beneficien con estas actividades. La cuarta práctica indica a las entidades autorizadas que deben tener los debidos cuidados al procesar y manipular las copias de obras, mantener registros de tales obras y respetar los derechos de privacidad de las personas beneficiarias.

Estas cuatro prácticas son acumulativas; una entidad autorizada se define por realizar todas ellas. Sin embargo, el Tratado no detalla el contenido de estas prácticas. En lugar de eso, en el Artículo 2(c) se permite que cada entidad establezca y siga sus propias prácticas.” Este lenguaje deja claro que la entidad en sí misma es responsable de crear e implementar estas actividades requeridas de buena fe. Nada en el TM da poder a los gobiernos para controlar o inspeccionar las actividades o registros de las entidades autorizadas para verificar que cumplan las cuatro prácticas (aunque otras leyes o reglamentaciones internas le confieran tal autoridad).³⁴

Esta interpretación del Artículo 2(c) refleja la diversidad de entidades autorizadas incluidas en el TM y la práctica imposibilidad de imponer un estándar universal. También significa que los gobiernos no deben imponer una acreditación obligatoria o estándares de certificación con respecto a estas prácticas. Tales requisitos podrían crear cargas prácticas o financieras indebidas, especialmente en el caso de entidades de las naciones en vías de desarrollo. Debería pues ser suficiente, por lo menos en los casos ordinarios, que las entidad de escasos recursos de un país en desarrollo adoptara y siguiera sus propias prácticas.

³⁴ EL TRATADO DE MARRAKECH: GUÍA EIFL PARA BIBLIOTECAS 5 (Dic. 2014) (“Todas las bibliotecas o instituciones que satisfagan los amplios criterios que fija este Artículo 2(c) cualifican como entidades autorizadas... El Tratado no contempla normas establecidas por los gobiernos, ni un proceso o mecanismo de aprobación.”)

2.4. PERSONAS BENEFICIARIAS

2.4.1. Introducción y visión de conjunto

Un objetivo esencial del Tratado de Marrakech es ayudar a las personas con discapacidad de lectura que no pueden acceder a libros y otros materiales culturales en los formatos tradicionales. El TM se refiere a estas personas como “beneficiarios”, un término que subraya la importancia que los negociadores del caso dan a permitir que estas personas creen y compartan copias en formatos accesibles. En esta Guía se usan los términos “personas con dificultades para la lectura” y “personas con discapacidad de lectura” con el mismo significado para referirse a quienes se benefician con el Tratado. Coherente con los objetivos globales de derechos humanos del TM, la Guía también los nombra como “titulares de los derechos” de crear y compartir ejemplares en formatos accesibles y recibir ayuda del estado para eso.

En esta sección de la Guía se analiza la frase “personas beneficiarias” que aparece en el Artículo 3 del TM y se sugiere cómo los estados pueden poner en práctica esa disposición en la ley nacional. Como se explica más adelante, el Artículo 3 abarca tres categorías distintas de personas con discapacidad de lectura. Las define por referencia a las barreras funcionales y sociales que impiden que las personas con discapacidad accedan a las obras impresas tradicionales. Las causas médicas, físicas o de otro tipo de la discapacidad, tales como lesión traumática del cerebro, dislexia o demencia, no son relevantes para la definición de personas beneficiarias.

Si las excepciones y limitaciones del derecho de autor existentes en la ley nacional no se aplican en la actualidad a las tres categorías de personas con discapacidad de lectura, todo estado que ratifique el TM debe ampliar esas disposiciones para cumplir con él. La forma más sencilla de hacerlo sería aplicar el lenguaje del Artículo 3. Sin embargo, los estados pueden igualmente elegir si aplican el TM a las personas con discapacidad en general, tanto en reconocimiento del hecho de que los beneficiarios tienen con frecuencia otras discapacidades como para dar significado a la CDPD y a otras obligaciones legales internacionales.

TEXTO DEL TRATADO DE MARRAKECH

Artículo 3:

Personas beneficiarias

Será beneficiario toda persona:

- (a) ciega;
- (b) que padezca una discapacidad visual o una dificultad para percibir o leer que no puede corregirse para que permita un grado de visión sustancialmente equivalente al de una persona sin ese tipo de discapacidad o dificultad, y para quien es imposible leer material impreso de una forma sustancialmente equivalente a la de una persona sin esa discapacidad o dificultad; o
- (c) que no pueda de otra forma, por una discapacidad física, sostener o manipular un libro o centrar la vista o mover los ojos en la medida en que normalmente se considera apropiado para la lectura; independientemente de otras discapacidades.

2.4.2. Categorías de personas beneficiarias

En el Artículo 3 se identifican tres categorías de personas beneficiarias. se las enumera en los párrafos (a), (b) y (c), donde están separadas por la palabra "o". Alguien que sólo se puede situar en una de las tres, cualifica como beneficiario (aunque algunas personas con discapacidad de lectura pueden estar incluidas en más de una categoría). Además, la cláusula "independientemente de otras discapacidades" con que termina el Artículo 3 deja en claro que quienes experimentan también otros tipos de discapacidad, como ser mental, intelectual o auditiva, cualifican como beneficiarios según el TM. Finalmente, la definición no se limita a una discapacidad permanente. Las personas que tienen ceguera o discapacidad visual temporal, discapacidad perceptiva o de lectura, o una discapacidad física que interfiere en su lectura, tiene derecho a beneficiarse por el TM durante tanto tiempo como persista tal condición.

2.4.2.1. CEGUERA

Los estados pueden depender de definiciones de ceguera preexistentes en sus respectivas leyes nacionales para ampliar el TM a las personas que figuran en el párrafo (a). En muchos países se han adoptado definiciones de ceguera que incluyen a quienes que tienen menos que una pérdida total de agudeza visual (la capacidad de discernir letras y números a una distancia dada) o campo visual (el área en que se pueden ver los objetos con visión periférica). India, por ejemplo ha adoptado tanto una definición simple (la imposibilidad de “contar dedos a una distancia de 6 metros o 20 pies”) como una técnica (“visión de 6/60 o menos con la mejor corrección con anteojos”).³⁵ En Canadá se aplica un enfoque diferente; se define la ceguera como una agudeza visual de 20/200 o peor, con la mejor corrección en el mejor ojo, o un campo visual de menos de 20 grados.³⁶

Estas definiciones flexibles de ceguera y otras reconocen que una persona puede carecer de visión funcional aunque mantenga una capacidad visual limitada. Las definiciones también tienen en cuenta el hecho de que muchos adultos con discapacidad de lectura pierden la vista gradualmente a medida que envejecen. Ya que en el Tratado de Marrakech no hay nada que limite o califique la palabra “ciego” en el párrafo (a) del Artículo 3, estas definiciones funcionales preexistentes de ceguera legal se tienen que entender como plenamente coherentes con el Tratado. Por otra parte, los estados tienen que considerar el ajuste de sus definiciones nacionales legales para que reflejen el enfoque de la “ceguera” que adopta el TM.

2.4.2.2. ¿DISFUNCIÓN VISUAL O DISCAPACIDAD DE PERCEPCIÓN?

La segunda categoría de personas beneficiarias, definidas en el Artículo 3(b), incluye a quienes tienen una deficiencia visual o una discapacidad que se relaciona bien con la percepción o con la lectura. Hay tres importantes aspectos de la subsección (b). Primero, esta parte de la definición amplía el TM a las personas cuya discapacidad visual no llega al nivel de ceguera pero sin embargo hace que les

³⁵ Gobierno de India, Programa Nacional de Control de Ceguera, <http://npcb.nic.in/index1.asp?linkid=55>.

³⁶ CNIB, Glosario de Términos relacionados con la Degeneración Macular Asociada a la Edad, <http://www.cnib.ca/en/your-eyes/eye-conditions/amd/resources/glossary/Pages/default.aspx>

resulte "imposible leer material impreso de una forma sustancialmente equivalente" a la de quienes no tienen esa discapacidad o dificultad.

Segundo, la subsección (b) amplía la definición de beneficiarios a las personas con discapacidad de percepción o de lectura. Quien no tiene una deficiencia visual pero experimenta discapacidad de lectura, tal como la dislexia, que le impide leer obras impresas prácticamente al mismo nivel de alguien que no tiene esa discapacidad, también es beneficiario.

Tercero, la deficiencia o discapacidad no tiene que ser fácilmente mejorable como para que la personas adquiera la función visual que sustancialmente se corresponde con la de quienes no tienen esa deficiencia o discapacidad. Por ejemplo, el TM no se aplicaría a personas cuya discapacidad visual se puede corregir con anteojos, siempre que tal corrección le fuera física y financieramente accesible.

Es importante entender el tipo de mejoras que podrían conducir a que personas con dificultad de lectura y las que no las tienen logren la capacidad "sustancialmente equivalente" de leer las obras protegidas. Quienes negociaron el TM dieron considerable importancia a este aspecto, como se refleja en la Declaración Concertada que aclara la frase "no se puede mejorar". Este documento dispone que una persona se mantiene protegida por el parágrafo (b) aun en el caso teórico o potencial de que existan "procedimientos de diagnóstico y tratamientos médicos" que puedan aliviar la deficiencia o discapacidad.³⁷ Esto significa, por ejemplo que coherentemente con el principio de derechos humanos de autonomía, una persona no deja de ser beneficiaria del TM sólo porque haya una posibilidad de que su deficiencia visual pueda mejorar por tratamientos o tecnologías existentes o futuras.

Interpretada desde la perspectiva de los derechos humanos, la cláusula del parágrafo (b) "no puede corregirse" no debe poner una carga excesiva en las personas con discapacidad de lectura con limitados recursos financieros, incluidos aquellos de los países en vías de desarrollo. Para decidir si una mejora está de hecho "al alcance", un Estado Parte del TM puede de este modo tener en cuenta no sólo su

³⁷ La Declaración Concertada del Artículo 3(b) dispone: "En esta redacción, la expresión 'no puede corregirse' no implica que se exija el sometimiento a todos los procedimientos de diagnóstico y tratamientos médicos posibles."

nivel de desarrollo económico y de su sistema de salud pública, sino también la variable asequibilidad de la mejora para personas con una deficiencia visual o una discapacidad de percepción o de lectura.

La afección médica conocida como cataratas, caso en que las lentes de ojo se vuelven progresivamente opacas, ilustra cómo el Artículo 3(b) tiene en cuenta los diversos niveles de recursos disponibles para personas de todo el mundo. Las cataratas pueden tratarse en sus etapas iniciales con anteojos correctivos. A medida que progresa la afección, sin embargo, se requiere cirugía para la restauración de la vista. En los países en los que no hay una amplia disponibilidad de tales operaciones o estas son financieramente inaccesibles, el estado podría razonablemente sacar la conclusión de que las personas con cataratas están amparadas por el párrafo (b) porque de forma realista, su discapacidad no puede mejorar. Aun cuando los tratamientos estuvieran disponibles y fueran financieramente accesibles, cada estado que ratifique el Tratado tiene libertad de criterio para determinar qué hace que una discapacidad “no pueda corregirse”, sobre la base de las necesidades de los beneficiarios y los contextos locales relevantes.³⁸

2.4.2.3. DISCAPACIDAD FÍSICA DE LECTURA

La tercera categoría de personas beneficiarias abarca aquellas cuya discapacidad física les impide leer un libro impreso tradicional u otras publicaciones. La discapacidad física a que se refiere este párrafo incluye la imposibilidad de sostener o manipular un libro o enfocar o mover los ojos de la manera usual. Los ejemplos incluyen cuadriplejía, parálisis cerebral, temblores, daño cerebral o de la médula o enfermedades neuronales motrices y neurodegenerativas tales como la esclerosis lateral amiotrófica (ALS). Las personas con estas afecciones físicas experimentan desafíos de acceso a materiales tradicionales de lectura, similares a los de las personas que son ciegas o tienen deficiencia visual.

³⁸ Cf. *S.H. y otros contra Austria, Solicitud N° 57813/00* ¶ 97, Comité Europeo de Derechos Humanos (Grand Chamber 2011) (saca la conclusión de que los gobiernos tienen un amplio margen de apreciación (es decir, amplio criterio) para reglamentar los tratamientos de fertilización in vitro por lo que dan respuestas nacionales divergentes para “lograr un equilibrio entre el público que compete y los intereses privados”).

2.4.3. Definir personas beneficiarias al implementar la legislación

Las categorías de personas con discapacidad de lectura descritas en el Artículo 3 proporcionan un estándar mínimo de los beneficiarios protegidos por el TM. Todos los países que lo ratifican tienen que satisfacer esta condición al implementarlo. Describimos más abajo tres problemas que pueden surgir cuando los países ponen en práctica el Artículo 3 y sugerimos cómo se los puede resolver.

Primero, para los estados que no han adoptado antes excepciones al derecho de autor que beneficien a las personas con discapacidad de lectura, la forma más simple de implementar el Artículo 3 sería rastrear el lenguaje que se usa en estos tres párrafos. Si la legislación no contempla esto corre el riesgo de estrechar la definición de personas beneficiarias y por consiguiente, no cumplir plenamente con sus obligaciones respecto del Tratado de Marrakech. Por ejemplo, Singapur adoptó la Ley 2014 de (enmienda) del Derecho de autor antes de ratificar el TM en 2015. La ley define a una "persona con discapacidad de lectura" como "(a) una persona ciega; (b) una persona cuya vista está severamente dañada; (c) una persona que no puede sostener o manipular libros o enfocar los ojos o moverlos; (d) una persona con una deficiencia de percepción." La ley de Singapur sigue en gran medida las categorías de beneficiarios del TM pero es más restrictiva que él porque el Artículo 3 del TM también abarca a las personas que tienen una "discapacidad de lectura".

Segundo, los países cuyas leyes nacionales de derecho de autor ya prevén excepciones y limitaciones para los discapacitados para la lectura, deben revisar, y si fuere necesario, corregirlas para asegurarse de que incluyan todas las diversas manifestaciones de discapacidad descritas en cada párrafo del Artículo 3. Por ejemplo, en la Sección 32.01 de la Ley de Derecho de Autor de Canadá se define "discapacidad de lectura" para que incluya la "deficiencia parcial o total de la vista", una frase que es significativamente más acotada que la "discapacidad visual o una dificultad para percibir o leer" mencionada en el párrafo (b) del Artículo 3. Las leyes nacionales de derecho de autor de otros estados son aun más restrictivas y necesitan que se las corrija al ratificar el TM. Por ejemplo, el estatuto de derechos de autor de Indonesia contiene una excepción para "reproducir obras científicas, artísticas y literarias en braille específicas para ciegos," y la ley armenia de derechos de autor exonera solamente

“la reproducción en braille u otras formas especiales previstas para ciegos”.³⁹ Además de aplicar sólo una de las tres categorías de personas mencionadas en el Artículo 3, ninguna de estas leyes incorpora el abordaje flexible, neutral con respecto al formato, del Artículo 2(b) del TM, que se analizó más arriba.

Tercero, los estados pueden elegir la armonización de las leyes que implementan el TM con leyes que pongan en práctica definiciones más amplias de discapacidad en los acuerdos internacionales o la legislación regional. Por ejemplo, India e Israel (que han ratificado el Tratado) amplían el derecho de producir y compartir copias en formatos accesibles con cualquier persona discapacitada.⁴⁰ Por otra parte, la Directiva de la Sociedad de la Información de la Unión Europea subraya que es “importante para los Estados Miembros adoptar todas las medidas necesarias para facilitar el acceso a las obras de las personas con una discapacidad que constituye un obstáculo para el uso de las obras en sí mismas”.⁴¹ En el Artículo 5.3(b) de la Directiva se autoriza por consiguiente la adopción de excepciones y limitaciones al derecho de autor para “beneficio de personas con minusvalías, guarde una relación directa con la minusvalía y no tenga un carácter comercial, en la medida en que lo exija la minusvalía considerada”.⁴² Al poner en vigencia esta medida, muchos países de la UE han incluido en las leyes excepciones que benefician a las personas con una amplia variedad de discapacidades físicas y mentales”.⁴³

En el Tratado de Marrakech no hay nada que requiera a los estados que limiten las preexistentes excepciones de derechos de autor que vayan más allá de los mínimos requerimientos del Artículo 3. Así, por ejemplo, no se exige a un estado que ya amplía los derechos de

³⁹ La ley de Derecho de Autor de Indonesia, Art. 15(d); Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos del 15 de junio de 2006 (Armenia), Art. 22(2)(ii).

⁴⁰ (Enmiendas de la) Ley sobre Producción de Libros, Funciones y Transmisiones accesibles para las Personas con Discapacidad, §1(A), 2014 (Israel), http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=341960; (Enmienda de la) Ley de Derecho de Autor §32, 2012 (India), http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=342028.

⁴¹ Directiva de la Sociedad de la Información, más arriba, nota , preámbulo ¶ 43.

⁴² *Id.* art. 5(3)(b).

⁴³ *Id.* art. 5(3)(b).

acceder y compartir con las personas con otras discapacidades, que cambie esa ley antes de poder ratificar el TM. Por el contrario, esas medidas regresivas serían incompatibles con los objetivos globales de derechos humanos del TM. La adopción de una definición más amplia de personas beneficiarias es igualmente coherente con el “concepto” de la discapacidad “que evoluciona” reconocido en el Preámbulo de la CDPD. Además, tal abordaje responde a la realidad práctica, reflejada en la cláusula del Artículo 3: “independientemente de otras discapacidades”, de que muchas personas con deficiencia visual tienen también otras discapacidades y experimentan múltiples formas de discriminación.⁴⁴

Al mismo tiempo, un estado que adopta una definición más amplia de persona beneficiaria debe asegurar que su elección sea compatible con los tratados de PI que haya ratificado. El TM no limita la flexibilidad preexistente disponible por estos tratados y las referencias de su Artículo 11 con respecto a la regla de los tres pasos (que se analiza más adelante) aclara que los compromisos de PI internacionales siguen vigentes. Por consiguiente, será necesario justificar esa elección en referencia a otras obligaciones, incluidos los instrumentos de derechos humanos tales como la CDPD.

2.5. EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR EN LAS LEYES NACIONALES

2.5.1. Introducción y visión de conjunto

En el Tratado de Marrakech se requiere que los países que lo ratifiquen introduzcan en sus leyes nacionales excepciones y limitaciones (EyLs) específicas en el caso de varios titulares exclusivos de derechos de autor. La inclusión de EyLs obligatorias es uno de los logros de la firma del Tratado. Las suplementan algunas otras EyLs no obligatorias que, si se adoptan, aumentarán la disponibilidad de ejemplares en formatos accesibles y permitirán a los estados extender totalmente los derechos del TM a personas beneficiarias y entidades autorizadas. Tanto las EyLs obligatorias como las no obligatorias se describen en los Artículos 4 a 7 del TM, que constituyen el núcleo de las disposiciones

⁴⁴ Por ejemplo, LEY DE LA UNIÓN EUROPEA DE NO DISCRIMINACIÓN E INTERSECCIONALIDAD: INVESTIGACIÓN DEL TRIÁNGULO DE DISCRIMINACIÓN RACIAL, GÉNERO Y DISCAPACIDAD. (Dagmar Schiek y Anna Lawson, responsables de la edición, 2011).

sustantivas, así como en los Artículos 11 y 12, que establecen las condiciones generales para implementarlas.

Esta sección de la Guía se enfoca en el Artículo 4, referente a las EyLs a los derechos exclusivos de reproducción, distribución, puesta a disposición del público y su resultado cotidiano. Las secciones siguientes se dirigen al intercambio transfronterizo de copias en formatos accesibles (Artículo 5), importación de las mismas (Artículo 6) y medidas de protección tecnológicas (Artículo 7).

TEXTO DEL TRATADO DE MARRAKECH

Artículo 4

Excepciones y limitaciones contempladas en la legislación nacional sobre los ejemplares en formato accesible

- 1.(a) Las Partes Contratantes establecerán en su legislación nacional de derecho de autor una limitación o excepción relativa al derecho de reproducción, el derecho de distribución y el derecho de puesta a disposición del público, tal y como se establece en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT), para facilitar la disponibilidad de obras en formato accesible en favor de los beneficiarios. La limitación o excepción prevista en la legislación nacional deberá permitir los cambios necesarios para hacer accesible la obra en el formato alternativo.
- (b) Las Partes Contratantes podrán también prever una limitación o excepción relativa al derecho de representación o ejecución pública para facilitar el acceso a las obras por los beneficiarios.
2. Una Parte Contratante podrá satisfacer lo dispuesto en el artículo 4.1) respecto de todos los derechos en él mencionados, mediante el establecimiento de una limitación o excepción en su legislación nacional de derecho de autor de modo que:
 - (a) Se permitirá a las entidades autorizadas, sin la autorización del titular del derecho de autor, realizar un ejemplar en formato accesible de la obra, obtener de otra entidad autorizada un ejemplar en formato accesible, así como suministrar esos

ejemplares a un beneficiario por cualquier medio, incluido el préstamo no comercial o mediante la comunicación electrónica por medios alámbricos o inalámbricos, y tomar cualquier medida intermedia para alcanzar esos objetivos, cuando se satisfagan todas las condiciones siguientes:

- i) que la entidad autorizada que desee realizar dicha actividad tenga acceso legal a esa obra o a un ejemplar de la misma;
- ii) que la obra sea convertida a un formato accesible, que puede incluir cualquier medio necesario para consultar la información en dicho formato, pero no introduzca más cambios que los necesarios para que el beneficiario pueda acceder a la obra;
- iii) que dichos ejemplares en formato accesible se suministren exclusivamente a los beneficiarios; y
- iv) que la actividad se lleve a cabo sin ánimo de lucro;

y

- b) Un beneficiario, o alguien que actúe en su nombre, incluida la principal persona que lo cuide o se ocupe de su atención, podrá realizar un ejemplar en formato accesible de la obra para el uso personal del beneficiario, o podrá ayudar de otra forma al beneficiario a reproducir y utilizar ejemplares en formato accesible cuando el beneficiario tenga acceso legal a esa obra o a un ejemplar de la misma.

3. Una Parte Contratante podrá satisfacer lo dispuesto en el artículo 4.1) mediante el establecimiento de otras limitaciones o excepciones en su legislación nacional de derecho de autor conforme a lo dispuesto en los artículos 10 y 11.

4. Una Parte Contratante podrá circunscribir las limitaciones y excepciones previstas en el presente artículo a las obras que, en el formato accesible en cuestión, no puedan ser obtenidas comercialmente en condiciones razonables por los beneficiarios en ese mercado. Toda Parte Contratante que opte por esa posibilidad deberá declararlo en una notificación depositada ante el Director

General de la OMPI en el momento de la ratificación o de la aceptación del presente Tratado o de la adhesión al mismo o en cualquier otro momento ulterior.

5. Corresponderá a la legislación nacional determinar si las limitaciones y excepciones previstas en el presente artículo están sujetas a remuneración.

2.5.2. Obligaciones del Artículo 4(1)

2.5.2.1. EXCEPCIONES Y LIMITACIONES OBLIGATORIAS

En el Artículo 4(1)(a) se requiere que los estados introduzcan EyLs en sus leyes internas que “deberán permitir los cambios necesarios para hacer accesible la obra en formato alternativo”. En concreto, las leyes nacionales deben incorporar EyLs a los siguientes derechos exclusivos de los titulares del copyright: el derecho a la reproducción, el derecho de distribución y el derecho de ponerlos a disposición del público.⁴⁵ Estas EyLs autorizan dos tipos de actividades: (1) la creación de ejemplares en formatos accesibles; y (2) la transferencia de tales copias a personas beneficiarias, ya sea en forma directa o vía una entidad autorizada. La tabla siguiente resume los tipos de actividades que el Artículo 4(1)(a) exige y proporciona ejemplos de cada una de ellas:

Derecho exclusivo	Tipos de actividades autorizadas	Ejemplos
Reproducción	<ul style="list-style-type: none">– Conversión de copias de formatos convencionales a formatos accesibles– Reproducción de copias en formatos accesibles	<ul style="list-style-type: none">– Creación de libros hablados a partir de un libro convencional– Hacer copias de un libro braille
Distribución	<ul style="list-style-type: none">– Transferir o vender copias en formatos accesibles a o entre personas	<ul style="list-style-type: none">– Préstamo no lucrativo de libros electrónicos accesibles

⁴⁵ Se encontrará información adicional acerca del contenido y alcance de estos derechos exclusivos, en SAM RICKETSON Y JANE C. GINSBURG, DERECHO DE AUTOR INTERNACIONAL Y DERECHOS CONEXOS: EL CONVENIO DE BERNA Y MÁS ALLÁ (2ª ed. 2006).

	beneficiarias, a o entre personas beneficiarias y entidades autorizadas, o entre entidades autorizadas, bien sea a través de la transferencia de titularidad o no	– Regalos y donaciones
Puesta a disposición	– Escanear y subir archivos a la nube” u otros sistemas de almacenamiento digital con el propósito de crear una biblioteca de las obras disponibles para uso exclusivo de las personas beneficiarias	– Publicación de un libro hablado o electrónico para ser descargado por los beneficiarios o entidades autorizadas en un sitio web protegido por contraseña, en una lista controlada por un programa u otras comunidades en línea que sólo atiendan a personas con dificultades de lectura

La última frase del Artículo 4(1)(a) dispone que las EyL “deberán permitir los cambios necesarios para hacer accesible la obra en el formato alternativo”. En palabras sencillas, esta frase aclara que los beneficiarios y entidades autorizadas tienen derecho a modificar las obras protegidas por derechos de autor si fuere necesario para hacer que sean accesibles a las personas con discapacidad de lectura. Las EyLs que se adopten al implementar las leyes nacionales deben por lo tanto, permitir cambios que puedan derivar en obras sometidas a las leyes internas de derechos de autor, así como a cambios que puedan interferir con la integridad de una obra según el Artículo 6 *bis* del Convenio de Berna.⁴⁶ Tales modificaciones pueden incluir la preparación de descripciones escritas de fotografías u otras

⁴⁶ El Artículo 6 *bis* “dispone en la parte relevante que “el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.”

expresiones de arte en un libro; la conversión de texto escrito en audio, braille u otros formatos accesibles; la preparación de gráficos táctiles de las imágenes de un libro o la adaptación del tipo de letra o de su tamaño.

La última frase del Artículo 4(1)(a) no limita la naturaleza o el alcance de los cambios permitidos, más bien, autoriza *cualquier* cambio necesario para hacer que las obras protegidas sean accesibles a los beneficiarios. Dada la amplia variedad de tipos de discapacidad de lectura y las distintas necesidades tecnológicas de las personas que las experimentan, los estados deben implementar plenamente esta disposición del Tratado para permitir que los beneficiarios y las entidades autorizadas hagan las modificaciones que sean necesarias para que la obra resulte accesible a todos los que tienen discapacidad de lectura de textos impresos ordinarios.

2.5.2.2. EXCEPCIONES Y LIMITACIONES NO OBLIGATORIAS

Además de las EyLs requeridas por el Artículos 4(1)(a), el 4(1)(b) autoriza a los estados (pero no les exige) que adopten una EyL al derecho de representación pública. Tal excepción, por ejemplo, permitiría un recital de obras literarias para beneficio de personas discapacitadas para la lectura. Para poner en práctica el Tratado de Marrakech del modo que promueva mejor su objetivo derechos humanos, los estados deben adoptar las EyLs no obligatorias mencionadas en el Artículo 4. Al ejercer su criterio en la aprobación de tales excepciones, los estados progresarán con más eficacia hacia el objetivo del TM de maximizar las oportunidades de que las personas con discapacidad de lectura creen, usen, disfruten y compartan obras protegidas por derechos de autor en términos equivalentes a los de las personas que no tienen discapacidad de lectura.

2.5.3. *Formas de poner en práctica el Artículo 4(1)*

El Tratado de Marrakech permite considerable flexibilidad a los estados al poner en funcionamiento el Artículo 4(1) en sus respectivos sistemas legales nacionales. Las dos maneras principales de implementación se resumen en los Artículos 4(2) y 4(3):

2.5.3.1. ARTÍCULO 4(2) – LA OPCIÓN PUERTO SEGURO

El Artículo 4(2) proporciona un modelo que los estados pueden seguir a la hora de cumplir sus obligaciones con respecto al Artículo 4(1) que incorpora los requisitos de la regla de los tres pasos (TST), mencionada también en el Artículo 11, el cual ordena que las EyLs promulgadas para implementar el Artículo 4(1) se limiten a casos especiales que no estén en conflicto con una normal explotación de la obra y que no perjudiquen en forma inadmisibile los legítimos derechos del titular del derecho de autor. El Artículo 4(2) crea así, un “puerto seguro” para los países que lo ratifiquen porque la legislación que siga este abordaje sugerido, presumiblemente satisfacen los requisitos del TST. (Analizaremos el TST en más detalle en la Sección 2.8 de la Guía.)

El Artículo 4(2) identifica las EyLs que la legislación nacional debe crear así como las condiciones para satisfacer el TST. En la primera parte del Artículo 4(2), se describe una EyL recomendada para las entidades autorizadas; en la segunda parte, se presenta una para las personas beneficiarias. Los estados deben promulgar ambas disposiciones a fin de cumplir con el TM.

2.5.3.1.1. El puerto seguro para las entidades autorizadas

Según el Artículo 4(2)(a), una EyL aceptable para las entidades autorizadas es la que les permite dedicarse a tres actividades distintas:

- hacer una copia en formato accesible,
- obtenerla de otra entidad autorizada, y
- proporcionar la copia directamente a las personas beneficiarias por cualquier medio.

El Artículo 4(2)(a) también dispone que la legislación nacional debe garantizar que las copias sean provistas por préstamo no comercial y “mediante la comunicación electrónica por medios alámbricos o inalámbricos”, entre otros. Por lo tanto, los estados deben permitir la distribución y que se compartan copias en formatos accesibles por internet, por medio de una biblioteca u otros sistemas de préstamo. Finalmente, en el Artículo 4(2) se permite a las entidades autorizadas

a “tomar cualquier medida intermedia para alcanzar esos objetivos”. Esto puede incluir, por ejemplo, hacer copias de respaldo, así como almacenarlas o archivarlas, para permitir la conversión en diversos formatos en el futuro.

La introducción de una EyL por parte de entidades autorizadas está sujeta a cuatro condiciones acumulativas que procuran equilibrar los derechos de las personas beneficiarias y los de los titulares de los derechos de autor. Estas condiciones delimitan los límites exteriores del puerto seguro de las EyLs para las entidades autorizadas. Los estados pueden incluirlas todas al implementar su legislación nacional:

- (i) la entidad autorizada tiene acceso legal a la obra;
- (ii) la obra se convierte a un formato accesible, siempre que esto no introduzca cambios en ella más allá de los necesarios para que resulte accesible;
- (iii) las copias en formatos accesibles son proporcionadas exclusivamente para su uso por personas beneficiarias; y
- (iv) la actividad se desarrolla sobre una base no lucrativa.

Con respecto a la primera, el “acceso legal” incluye el acceso por compra o licencia, u obtenido por otras EyLs de la ley nacional de derechos de autor. Por ejemplo, si una biblioteca autoriza una copia electrónica de un libro u otra obra literaria o artística protegida por el TM, entonces tiene acceso legal a ella y su personal puede producir una versión en formato accesible para las personas beneficiarias.

2.5.3.1.2. El puerto seguro para las personas beneficiarias

El Artículo 4(2)(b) también proporciona un modelo de adopción de una EyL en nombre de las personas beneficiarias. Según este Artículo, una EyL aceptable debe permitir que sea legal hacer una copia de una obra en formato accesible, tanto para las personas con discapacidad de lectura como para alguien que actúe en su nombre, como por ejemplo, un cuidador, maestro o bibliotecario.

A esta EyL se le aplican dos condiciones acumulativas: la copia debe ser para uso personal del beneficiario que ha de tener “acceso legal” a la obra o ejemplar del caso, según se explicó más arriba. Así como con el puerto seguro para las entidades autorizadas, un estado que

apruebe una EyL para las personas beneficiarias según el patrón del Artículo 4(2)(b) satisfará presumiblemente los requisitos del TST.

2.5.3.1.3. Implicaciones de las opciones de puerto seguro

Seguir los modelos de puerto seguro del Artículo 4(2) tiene consecuencias importantes para la ley internacional de derechos de autor y para la conciliación de las disputas de la OMC relacionadas con el Acuerdo TRIPS. En particular, los estados que sigan el patrón aprobado multilateralmente en el Artículo 4(2) tienen un argumento muy fuerte a favor de que la implementación interna de la legislación que siga ese patrón no viola el TRIPS ni otras convenciones de derechos de autor que incluyan el TST. Sería incoherente con el sencillo lenguaje del Tratado de Marrakech encontrar tal legislación como contraria a estos tratados de PI, socavaría su objetivo y propósito y haría que el Artículo 4(2) estuviera vacío de significado práctico. Además, el hecho de que el tratado *prescribe* un modelo específico de implementación de sus obligaciones principales es una fuerte evidencia de que ese modelo es coherente con la ley internacional de derecho de autor, incluido el TST.

Además de armonizar los derechos y obligaciones de múltiples instrumentos internacionales legales, seguir el modelo de puerto seguro del Artículo 4(2) tiene otros beneficios. Incrementa la certidumbre y previsibilidad con respecto a la interpretación del TM, facilita el intercambio de copias en formatos accesibles transfronterizos y demuestra los beneficios de tales intercambios con otros países y los alienta a ratificar y poner en práctica el tratado.

2.5.3.2. ARTÍCULO 4(3) – LA OPCIÓN *SUI GENERIS*

Como alternativa al puerto seguro del Artículo 4(2), el 4(3) del Tratado de Marrakech permite que un estado que lo ratifique cumpla las obligaciones del 4(1) al proporcionarle o darle confianza en “otras” EyLs de su ley nacional. Los países están así libres para desarrollar su propio enfoque al implementar el Artículo 4(1), por ejemplo, al basarse en las excepciones estatutarias existentes al derecho de autor, incluidas doctrinas tales como las de uso justo o trato justo. Sin embargo, un estado que elige este enfoque *sui generis* debe asegurarse de que las EyLs resultantes sean coherentes con otros requisitos del Tratado de Marrakech, incluido el TST que se menciona en el Artículo 11 y en otras disposiciones del Tratado.

Aunque la opción *sui generis* da así a los gobiernos una significativa libertad de criterio para adaptar la puesta en práctica de la legislación nacional a sus objetivos políticos específicos y a las necesidades de sus beneficiarios, un exceso de variación entre las leyes nacionales de los países que hayan ratificado el Tratado de Marrakech tiene también un costo. Cuanto más armonicen los estados su puesta en práctica interna del TM, más van a facilitar los intercambios transfronterizos de ejemplares en formatos accesibles. Esto es especialmente importante para los países en desarrollo y para los menos desarrollados, muchos de los cuales tienen limitados medios económicos y tecnológicos para crear tales copias ellos mismos por lo que necesitarán depender de las que les transfieran los países desarrollados. Por esta razón, así como para incrementar la certidumbre y previsibilidad, los estados deben considerar la elección del enfoque de puerto seguro antes que la opción *sui generis*.

2.5.4. Excepciones y limitaciones para la traducción de obras protegidas por derechos de autor

Muchas obras protegidas por derechos de autor no se publican o traducen a idiomas que las personas con discapacidad de lectura entiendan. Su disponibilidad en lenguas locales es por lo tanto un aspecto clave para garantizar que las personas beneficiarias gocen plenamente de sus derechos de acceder y compartir dispuestos en el TM. Para las personas con discapacidad de lectura, tener una copia en formato accesible, como un libro hablado, en una lengua que entiendan, es vital para lograr el objetivo más amplio del Tratado: atender a la hambruna de libros.

La Declaración Concertada del Artículo 4(3) del Tratado de Marrakech, aclara que la promulgación de EyLs con este fin, “no reduce ni amplía el ámbito de aplicación” de las EyLs que los estados puedan promulgar con respecto a la traducción según el Convenio de Berna. En otras palabras, el TM afirma tanto el campo del derecho de traducción reconocido en ese documento como las excepciones preexistentes con respecto a ese derecho.⁴⁷ Los estados pueden por lo tanto, adoptar una excepción o limitación que permita a los beneficiarios y a las

⁴⁷ Como destacados comentaristas de la ley internacional de derechos de autor han explicado, el derecho de traducción ha estado sujeto históricamente a una variedad de EyLs de leyes nacionales. RICKETSON Y GINSBURG, nota anterior 45, § 13.83 (análisis de las excepciones a los derechos de traducción implicadas).

entidades autorizadas traducir una obra de un idioma a otro para facilitar el acceso de las personas con discapacidad de lectura, siempre que se haga coherentemente con el Convenio de Berna.

2.5.5. La opción de disponibilidad comercial

En el Artículo 4(4) del Tratado de Marrakech se permite, pero no se exige, que las Partes Contratantes se limiten a las EyLs aprobadas conforme al Artículo 4 “a las obras que, en el formato accesible en cuestión, no puedan ser obtenidas comercialmente en condiciones razonables en ese mercado, por los beneficiarios.” Según esta “opción de disponibilidad comercial” un estado puede elegir la reducción del alcance del TM prohibiendo la creación de copias en formatos accesibles de obras que el titular de los derechos de autor haya puesto a la venta en ese formato en particular. Por ejemplo, un estado puede decidir que la EyL no debe autorizar la conversión de un libro de texto académico al braille si ya ha sido publicado en ese sistema y si se lo puede comprar al editor.

Es importante subrayar desde el comienzo que la opción de disponibilidad comercial es específica para un formato. Los estados sólo pueden excluir obras que ya están disponibles en el formato especial que busca una persona con discapacidad de lectura. La disponibilidad de una obra en un formato accesible (como ser el braille) no puede impedir que un beneficiario o una entidad autorizada cree o comparta una copia en un formato accesible diferente (tal como un libro electrónico o hablado). Esto también promueve el objetivo y propósito del TM, ya que no todos los formatos son accesibles a todos los beneficiarios.

Aunque el TM permite adoptar un requisito de disponibilidad comercial a los países que lo ratifican, con eso se incrementan los retos y cargas para las personas con discapacidad de lectura. Esta Guía, por lo tanto, recomienda que se extiendan las EyLs a todas las obras protegidas, incluidas las que están disponibles comercialmente. Antes de las negociaciones del TM, muy pocos países en cuyas leyes de derechos de autor figuraban EyLs para las personas con discapacidad de lectura, incluían una disposición de disponibilidad comercial. Algunos que las tenían las limitaban a copias disponibles con ciertas condiciones.⁴⁸

⁴⁸ Ver ESTUDIO OMPI, nota anterior 5, en 112-13.

Estas diferencias entre los estados significan que hay poca orientación en cuanto a la manera en que tal estándar podría funcionar internacionalmente y qué impacto tendría en la disponibilidad de copias en formatos accesibles. Estas preguntas sin respuesta relacionadas con el requisito de disponibilidad comercial incluyen lo siguiente:

- ¿Qué implica la *disponibilidad* comercial? ¿Requiere que las obras estén en las librerías? ¿En línea? ¿Es necesario que las librerías que vendan las copias en formatos accesibles estén al alcance de los beneficiarios en términos de ubicación geográfica y accesibilidad física? ¿La noción de disponibilidad incluye la asequibilidad?
- ¿Qué significa *comercial*? ¿Una entidad lucrativa debe ofrecer la obra? ¿O “comercial” se refiere a la amplitud de la oferta de copias accesibles?
- ¿Cuándo se debe evaluar la disponibilidad? ¿En el momento de la publicación de la obra, en el momento en que la persona con discapacidad de lectura procura comprar la obra, o en algún otro momento?
- ¿Dónde debería evaluarse la disponibilidad comercial? ¿Globalmente? ¿Regionalmente? ¿En el mercado nacional relevante para una persona con discapacidad de lectura?

La falta de respuestas establecidas a estas preguntas aconseja a los estados a rechazar la opción de restringir las EyLs a obras en formatos accesibles que no están disponibles comercialmente. Tal restricción sería fundamentalmente incoherente con el objetivo global de TM de asegurar que las personas con discapacidad de lectura tengan la misma oportunidad de disfrutar de las obras protegidas y en los mismos términos que las personas que ven. La restricción también corre el riesgo de limitar los derechos que las personas con discapacidad de lectura tienen de acuerdo con otras EyLs del derecho de autor, tales como las excepciones con respecto a copias privadas. La carencia de claridad acerca de lo que constituye la disponibilidad comercial también crearía riesgos legales de importancia para las entidades autorizadas y los beneficiarios porque impedirían el ejercicio efectivo de sus derechos según el Tratado.

Si a pesar de estas preocupaciones, un Estado Contratante adopta una restricción de disponibilidad comercial, esta decisión no puede disminuir la capacidad de las entidades autorizadas a intercambiar obras en forma transfronteriza. El Artículo 5 (que se analiza más adelante) no brinda autoridad afirmativa para limitar las exportaciones a obras que no estén disponibles para su compra. Por consiguiente, siempre que la copia se haga legalmente en la jurisdicción en la cual se origina, se la puede exportar a otras Partes Contratantes.

2.5.6. La opción de remuneración

En el Artículo 4(5) del Tratado de Marrakech se permite a los estados decidir si las EyLs adoptadas según el Artículo 4 tienen que ser sujetos de remuneración. Esta disposición opcional permite por consiguiente que condicionen la creación, distribución o puesta a disposición de copias en formatos accesibles contra el pago de un canon o de una licencia al titular del derecho de autor.

Aunque la opción de requerir remuneración está a disposición de los estados, en general, debería evitársela. En el Artículo 4(5) se asegura que no se exige a los países que ya tienen una obligación de remuneración que cambien las leyes existentes. También se deja a discreción de los estados la inclusión de un requisito de pago en las EyLs recientemente acordadas.

Sin embargo, un requisito de remuneración ampliamente adoptado impediría la creación e intercambio de obras en formatos accesibles en dos sentidos por lo menos. Primero, introduciría una complejidad innecesaria que podría desalentar a los beneficiarios y a las entidades autorizadas de ejercer sus derechos según el TM. Segundo, la remuneración crea una carga financiera que puede hacer que las obras resulten totalmente inalcanzables para muchas personas con discapacidad de lectura. Por lo tanto, la remuneración plantea un riesgo especial para los países en desarrollo y para los menos desarrollados, así como para las personas pobres en los estados de ingresos medios o ricos.

El requisito de una remuneración general también crea el riesgo de discriminación entre las personas con discapacidad de lectura y quienes no viven esa situación. El ejercicio de los derechos según las EyLs nacionales no está normalmente condicionado al pago de una compensación y si se la exige, sólo se aplica a licencias estatutarias

reducidas.⁴⁹ Si se impusiera una remuneración para el ejercicio de los derechos del TM, eso implicaría una carga que no se aplica generalmente a quienes no tienen discapacidad de lectura. Esto no solo sería incoherente con los objetivos del TM, sino que también podría estar en conflicto con la obligación de un estado de evitar la discriminación sobre la base de la discapacidad según el mandato de la CDPD y otros tratados internacionales de derechos humanos.

Los estados que, a pesar de todo, decidieran crear o retener un requisito de remuneración deberían asegurarse de minimizar la carga impuesta a las personas con discapacidad de lectura. Si el costo de esto cae sobre los beneficiarios, debe ser fijado en base a tasas que no hagan que las obras resulten financieramente inaccesibles y que sean adecuadas a las circunstancias económicas, sociales y culturales en diferentes jurisdicciones.

El *proceso* para fijar la cantidad de la remuneración también debe minimizar la carga sobre las personas con discapacidad de lectura. Un esquema estatutario que establezca tasas predeterminadas daría claridad a los beneficiarios del TM y a las entidades autorizadas; si se requiriera, en cambio, que tales actores negociaran con cada titular de derechos de autor, se correría el riesgo de imponer una carga administrativa inviable. Si se requieren negociaciones, el estado debe garantizar que los beneficiarios y entidades autorizadas puedan continuar disfrutando de los derechos de producir y compartir copias en formatos accesibles antes de llegar a un acuerdo con respecto a la compensación. En otras palabras, no se debe permitir que los titulares de derechos de autor obstaculicen el goce de los derechos que tienen los beneficiarios, establecidos por el TM, si se rehúsan a negociar o fijan tasas de licencia irrazonablemente altas. Finalmente, el gobierno debe controlar continuamente las exigencias de remuneración para asegurar que eso no impida una puesta en práctica efectiva del Tratado.

⁴⁹ La ley internacional de derechos humanos tampoco requiere remuneración. El Relator Especial de Asuntos Culturales, por ejemplo, explicó que la práctica sin compensaciones puede ser coherente con la protección de los intereses de los autores, especialmente cuando los montos exigidos crearían una barrera financiera y administrativa para legitimarlos. Ver Informe de Derechos del Autor del Relator Especial, nota anterior 4, ¶ 72.

2.6. INTERCAMBIO TRANSFRONTERIZO E IMPORTACIÓN DE COPIAS EN FORMATOS ACCESIBLES

2.6.1. Introducción y visión de conjunto

Los Artículos 4 y 5 del Tratado de Marrakech regulan el intercambio transfronterizo de copias en formatos accesibles. Estas disposiciones complementarias funcionan en conjunto con el Artículo 4 para incrementar la difusión global de ese material incluso al pedirles a los estados que permitan la importación y exportación de ejemplares en formatos accesibles bajo ciertas condiciones. El Tratado procura lograr estos objetivos al reclamar excepciones y limitaciones al derecho de distribución de obras protegidas por copyright y el de poner esas copias a disposición. Como en el Artículo 4, aunque la adopción de EyLs es obligatoria, el Tratado aporta flexibilidad a los estados para que las pongan en vigencia en la legislación relacionada con la implementación del TM o en otras leyes nacionales.

TEXTO DEL TRATADO DE MARRAKECH

Artículo 5:

Intercambio transfronterizo de ejemplares en formato accesible

1. Una Parte Contratante dispondrá que, si un ejemplar en formato accesible es realizado en virtud de una limitación o de una excepción o por ministerio de la ley, ese ejemplar en formato accesible podrá ser distribuido o puesto a disposición por una entidad autorizada a un beneficiario o a una entidad autorizada en otra Parte Contratante.
2. Una Parte Contratante podrá satisfacer lo dispuesto en el artículo 5(1) mediante el establecimiento de una limitación o excepción en su legislación nacional de derecho de autor de modo que:
 - (a) se permitirá a las entidades autorizadas, sin la autorización del titular de los derechos, distribuir o poner a disposición para uso exclusivo de los beneficiarios ejemplares en formato accesible a una entidad autorizada en otra Parte Contratante; y
 - (b) se permitirá a las entidades autorizadas, de conformidad

con lo dispuesto en el artículo 2(c), distribuir o poner a disposición ejemplares en formato accesible a los beneficiarios que se encuentren en otra Parte Contratante, sin la autorización del titular de los derechos;

siempre y cuando, antes de la distribución o la puesta a disposición, la entidad autorizada originaria no supiera, o no hubiera tenido motivos razonables para saber que el ejemplar en formato accesible sería utilizado por personas distintas de los beneficiarios.

3. Una Parte Contratante podrá satisfacer lo dispuesto en el artículo 5(1) mediante el establecimiento de otras limitaciones o excepciones en su legislación nacional de derecho de autor de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5(4), 10 y 11.

4.(a) Cuando una entidad autorizada de una Parte Contratante reciba ejemplares en formato accesible de conformidad con el artículo 5(1) y dicha Parte Contratante no tenga obligaciones dimanantes del artículo 9 del Convenio de Berna, se asegurará de que, de conformidad con su propio ordenamiento jurídico y prácticas legales, los ejemplares en formato accesible sólo sean reproducidos, distribuidos o puestos a disposición en favor de los beneficiarios en la jurisdicción de dicha Parte Contratante.

(b) La distribución y la puesta a disposición de ejemplares en formato accesible por una entidad autorizada conforme a lo dispuesto en el artículo 5(1) se limitará a esa jurisdicción, a menos de que la Parte Contratante sea parte en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor o circunscriba por otros medios las limitaciones y excepciones en la aplicación del presente Tratado al derecho de distribución y al derecho de puesta a disposición del público en determinados casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

(c) Nada de lo dispuesto en el presente artículo afecta la determinación de lo que constituye un acto de distribución o un acto de puesta a disposición del público.

No se hará uso de ninguna disposición del presente Tratado en relación con la cuestión del agotamiento de los derechos.

Artículo 6:

Importación de ejemplares en formato accesible

En la medida en que la legislación nacional de una Parte Contratante permita a un beneficiario, a alguien que actúe en su nombre o a una entidad autorizada realizar un ejemplar en formato accesible de una obra, la legislación nacional de esa Parte Contratante les permitirá también importar un ejemplar en formato accesible destinado a los beneficiarios, sin la autorización del titular de los derechos.

2.6.2. Obligaciones sustanciales de los Artículos 5 y 6

2.6.2.1. ARTÍCULO 5 – EXPORTACIÓN DE COPIAS EN FORMATOS ACCESIBLES

En el Artículo 5(1) se exige que los estados permitan a las entidades autorizadas del país la transferencia de copias en formatos accesibles de obras protegidas por derechos de autor a entidades autorizadas y personas beneficiarias de otros países del Tratado de Marrakech. Este derecho de transferencia o de exportación, que puede ser ejercido al distribuir copias físicas o electrónicas, no requiere el consentimiento o permiso del titular del derecho de autor.

El Artículo 5(1) tiene un papel importante en el logro de los objetivos del TM. Primero, atiende a las necesidades de las personas con discapacidad de lectura en países con limitada capacidad financiera o tecnológica para producir sus propios materiales en formatos accesibles. Sin derecho a recibir copias hechas en el extranjero, disfrutarían de pocos de los beneficios que el TM tiene que lograr. Segundo, el Artículo(5)(1) procura aumentar el intercambio y difusión de estos materiales entre países y regiones de diferentes niveles de desarrollo socioeconómico, para asegurarse de que los países que tienen una capacidad limitada o carecen de la posibilidad de producirlos no queden excluidos de los beneficios del TM. Tercero, tales intercambios evitan la ineficiencia y duplicación de inversiones en la producción de ejemplares en formatos accesibles al permitir que una

vez creados, se los comparta, en lugar de requerir que se los vuelva a crear en cada país.

El derecho de exportación en el Artículo 5(1) se aplica cuando un ejemplar en formato accesible (1) "es realizado en virtud de una limitación o de una excepción" o (2) "por ministerio de la ley." Con respecto a la primera cláusula, los estados tienen considerable margen para proporcionar la autoridad de producir ejemplares en formatos accesibles aptos para exportación. Como se explica en mayor detalle más abajo, la forma más simple por la que un estado autoriza la creación de una copia en formato accesible es por la promulgación de una limitación o excepción perfectamente adaptada a este propósito.

El derecho de exportación también se aplica cuando el ejemplar en formato accesible se hace "por ministerio de la ley". Esta frase aparece sólo una vez en el TM y es indefinida. Sin embargo, como se la identifica como una alternativa a "una limitación o excepción" una interpretación razonable es que la frase incluye los ejemplares en formato accesible hechos conforme a cualquier disposición de ley nacional. En otras palabras, la frase "ministerio de la ley" abarca las leyes del país, tales como las de derechos de la discapacidad y decretos de no discriminación o reglamentaciones internas, que autorizan a las escuelas y a otras instituciones educativas a proporcionar copias en formatos accesibles a personas con discapacidad de lectura. También incluye leyes que brindan una autorización similar a bibliotecas, agencias de gobierno y otras instituciones no lucrativas.

Además, la frase "por ministerio de la ley" puede aplicarse a obras que, aunque técnicamente satisfagan los criterios reconocidos en el ámbito internacional de protección de los derechos de autor, estén excluidas de esa posibilidad. La Declaración Concertada con respecto al Artículo 5(1) que establece que "nada de lo dispuesto en el presente Tratado reduce ni amplía el alcance de los derechos exclusivos que se prevean en cualquier otro tratado," confirma que los estados conservan esta flexibilidad preexistente. En el Artículo 5(1), a su vez, deja claro que los estados deben permitir copias en formatos accesibles creadas según esta autorización para ser intercambiadas a través de las fronteras.

Como se analizó antes, el Artículo 4 permite a las Partes Contratantes condicionar la creación de un ejemplar en formato accesible a su no disponibilidad comercial (aunque esta Guía no está a favor de adoptar tal requisito). Esta opción, sin embargo, no aparece en el Artículo 5. Se deduce de los principios establecidos para la interpretación del tratado, estudiados en el Capítulo 1, que el TM no brinda autoridad legal a tal restricción. Los objetivos de derechos humanos que tiene impulsan más la conclusión de que los estados no deben condicionar la exportación de ejemplares en formatos accesibles a la no disponibilidad en el estado de destino de uno en particular.

El derecho a exportar obras en formato accesible tampoco depende de si en el país al que se las envía ha promulgado una restricción con respecto a la no disponibilidad comercial en su legislación interna. Queda a decisión del estado de destino, no al del exportador, decidir si según el Artículo 6 (que se analiza más abajo) se limita la importación de ejemplares en formato accesible a obras que no están disponibles comercialmente en igual versión. Los gobiernos tal vez no dictaminen las elecciones políticas discrecionales adoptadas por otros países del TM al ponerlo en práctica. Condicionar la exportación a si el estado al que se envía permitiría hacer la copia no sería factible y sería una carga inadmisibles el ejercicio de los derechos del TM, ya que requeriría efectivamente que las entidades autorizadas conocieran la ley de todas las jurisdicciones en las cuales los beneficiarios podrían usar obras en formatos accesibles.

2.6.2.2. ARTÍCULO 6 – IMPORTACIÓN DE COPIAS EN FORMATOS ACCESIBLES

Como complemento del Artículo 5(1), el 6 requiere que los estados permitan a las personas beneficiarias, a alguien que actúe en nombre de ellas y a las entidades autorizadas, a importar ejemplares en formatos accesibles para ellos sin autorización o consentimiento del titular del derecho de autor. Merecen subrayarse dos aspectos del Artículo 6: quién puede importar ejemplares en formatos accesibles y el lugar en el cual se pueden originar tales copias.

En cuanto al primer aspecto, las palabras “en la medida” del Artículo 6 vinculan el derecho de importación con el de creación de los ejemplares en formatos accesibles requerido por el Artículo 4 del TM. Un estado que permite que las personas con discapacidad de lectura,

sus agentes y entidades autorizadas los *produzcan* para cumplir con el Artículo 4, por lo tanto, también tiene que permitir que esos mismos actores los *importen* según el Artículo 6. Dicho en forma más sencilla, el derecho de crear lleva con él el derecho de importar.

En segundo lugar, el Artículo 6 no exige que la copia importada se origine en un país contratante. Como resultado, los países que han ratificado el tratado pueden permitir la importación de ejemplares en formatos accesibles de países que no lo han ratificado. Autorizar la importación desde estos países que no pertenecen al TM ampliará la disponibilidad de tales materiales para las personas con discapacidad de lectura y entidades autorizadas, en cualquier parte en que estén situadas.

2.6.3. Formas de implementación de los Artículos 5 y 6

Como en el caso del Artículo 4, el TM da a los gobiernos un margen significativo en cuanto al modo que eligen para la puesta en práctica del Artículo 5(1) y 6. A continuación presentamos un resumen de las formas de implementación de las opciones:

2.6.3.1. Artículo 5(2) – Opción puerto seguro

Al igual que el Artículo 4(2), el 5(2) establece un método de puesta en práctica del 5(1) que presuntamente cumple con el TST y por lo tanto brinda un “puerto seguro” a los países del TM. Específicamente, el Artículo 5(2) permite a los estados implementar el 5(1) por medio de la introducción de una excepción o limitación en sus leyes nacionales que permita a las entidades autorizadas distribuir o poner ejemplares en formatos accesibles a disposición de entidades autorizadas o personas beneficiarias de otro país del TM.

Los estados tienen que hacer esta excepción o limitación sometidos a las dos condiciones siguientes: (1) si el receptor es una entidad autorizada, la distribución o puesta a disposición es sólo para uso exclusivo de las personas beneficiarias; y (2) la entidad autorizada que la envía, antes de la transferencia, “sepa, o no tenga motivos razonables para saber que el ejemplar en formato accesible sería utilizado por personas distintas de los beneficiarios.” La Declaración Concertada del Artículo 5(2) dispone que “quizás sea adecuado que la entidad autorizada adopte medidas adicionales para confirmar que la persona a la que presta servicios es un beneficiario, y establecer sus

propias prácticas, como se dispone en el artículo 2(c).” Si se los considera juntos, el Artículo 5(2) y su Declaración Concertada logran un cuidadoso equilibrio entre garantizar que las entidades autorizadas no estén sujetas a pesados requisitos o estándares, y asegurar que las transferencias concretas de ejemplares en formatos accesibles se hagan de acuerdo con las condiciones descritas en el TM.⁵⁰

La Declaración Concertada también clarifica que los estados no pueden imponer a las entidades autorizadas las cargas adicionales de llevar registros u otras exigencias administrativas. Voluntariamente pueden aplicar medidas ulteriores para confirmar que las personas a las que atienden son beneficiarias. Sin embargo, el estado no puede exigir que se comprometan a cumplir tal tarea. Esto se confirma en la referencia de la Declaración Concertada al Artículo 2(c), que permite explícitamente a las entidades autorizadas seguir sus propias prácticas para determinar si las personas a las que atienden son beneficiarias. El requisito de cargas adicionales haría que se corriera el riesgo de recargar a las entidades autorizadas y de inhibirlas de compartir copias a través de las fronteras, con lo que se limitaría la efectividad del Tratado.

2.6.3.2. ARTÍCULO 5(3) - LA OPCIÓN *SUI GENERIS*

Como alternativa al "puerto seguro" del Artículo 5(2), en el 5(3) del Tratado de Marrakech se permite a los países que lo ratifiquen que satisfagan las obligaciones de las exportaciones del Artículo 5(1) por medio de la introducción de "otras" excepciones y limitaciones en sus leyes nacionales. A fin de permitir a las entidades autorizadas a conocer qué materiales pueden exportar, se deberían definir claramente en ellas las condiciones que se deben cumplir para lograr su autorización. Además, las EyLs que se adopten según esta opción

⁵⁰ Unos pocos países han impuesto restricciones que van más allá de los requisitos del tratado de Marrakech a las exportaciones. Israel, por ejemplo, parece requerir que una entidad autorizada garantice que la copia exportada no se transferirá o usará por personas no beneficiarias. Singapur exige que una entidad autorizada exportadora dé los pasos "prescritos en las reglamentaciones" para verificar la identificación de la entidad o persona beneficiaria extranjera que solicita los materiales. Como el significado preciso de estas medidas es incierto, pueden desalentar a las entidades autorizadas a exportar copias cuando sería legal que lo hicieran. Más importante aún, estas disposiciones son incompatibles con el TM en la medida en que cargan a las entidades autorizadas con un conocimiento presunto de que las copias exportadas serán utilizadas por personas no beneficiarias.

sui generis deben cumplir con los requisitos de los Artículos 5(4), 10 (principios generales de implementación) y 11 (regla de los tres pasos).

El Artículo 5(4) se refiere a las situaciones en las que el país que ratifica el Tratado de Marrakech no es parte de un tratado de PI que requiere que el estado se ajuste a la regla de los tres pasos. En tal situación, es posible que una entidad autorizada pueda distribuir el trabajo libre de cargas por la obligación de TST. El Artículo 5(4) resuelve esto por medio de la provisión de que una entidad autorizada en un estado que no es parte del Convenio de Berna o del Tratado de Derechos de Autor de OMPI (WCT), o que no incorpora de otra manera el TST en su ley nacional, puede recibir ejemplares en formatos accesibles producidos por otro país, pero no puede distribuirlos fuera de su jurisdicción.

Para ser más precisos, el Artículo 5(4) impone una limitación jurisdiccional al uso de copias en formatos accesibles que se exportan a entidades autorizadas de ciertos países que no están legalmente obligados por la TST:

1. Artículo 5(4)(a). Una entidad autorizada ubicada en un país que no forma parte del Convenio de Berna y recibe un ejemplar en formato accesible, debe garantizar que "sólo sean reproducidos, distribuidos o puestos a disposición en favor de los beneficiarios *en la jurisdicción de dicha Parte Contratante*" (se agregó la letra cursiva para subrayar el texto).
2. Artículo 5(4)(b). Una entidad autorizada ubicada en un estado que no es Parte Contratante del WCT, ni ha promulgado EyLs para la implementación de Tratado de Marrakech para dar cumplimiento a la regla de los tres pasos, debe limitar cualquier distribución y sólo pondrá ejemplares en formatos accesibles a disposición de "esa jurisdicción".

En otras palabras, a menos que una Parte Contratante del Tratado de Marrakech haya ratificado también el WCT, o a menos que sus excepciones y limitaciones cumplan con la regla de los tres paso, las entidades autorizadas ubicadas en ese país puede recibir copias en

formatos accesibles desde el extranjero y usarlas y distribuirlas internamente, pero no las puede exportar a otra Parte Contratante.⁵¹

Del Artículo 5(4) se siguen otras conclusiones. Primero, una Parte Contratante del TM que *también es miembro* del WCT tiene derecho de permitir la exportación de ejemplares en formatos accesibles.

Segundo, una Parte Contratante que no es miembro de WCT pero que pone en práctica excepciones y limitaciones según el patrón provisto en el Artículo 4(2), es decir, el enfoque de implementación de “puerto seguro” que hipotéticamente satisface el TST, puede también permitir la exportación de copias en formatos accesibles.

Tercero, una Parte Contratante del TM que *no* es miembro del WCT y pone en práctica el Tratado de Marrakech por disposiciones o sobre la base de otras excepciones y limitaciones a su ley nacional, es decir, el enfoque *sui generis* autorizado por los Artículos 4(3) y 5(3) del TM, debe asegurar que tales EYLS sean coherentes con el TST antes de permitir la exportación de ejemplares en formatos accesibles.

2.6.4. Agotamiento de derechos

En el Artículo 5(5) se estipula que el Tratado de Marrakech no afecta el “agotamiento de los derechos”. El principio de agotamiento, también conocido como “doctrina de la primera venta”, dispone que una vez que el dueño de una determinada copia de una obra la vende o transfiere a otra persona o entidad *con autorización del titular del derecho de autor*, el nuevo dueño es libre de disponer de ella en cualquier forma que considere apropiada, incluso por reventa, donación y préstamo. Dado que en el Artículo 5 del TM en conjunto, se consideran las transferencias que *no son autorizadas por los titulares de los derechos de autor*, puede parecer innecesario incluir en este documento una disposición de agotamiento. Sin embargo, aparecen medidas similares en muchas otras convenciones de PI. El propósito primario de tales cláusulas es destacar que nada en esos acuerdos, o

⁵¹ La Declaración Concertada del Artículo 5(4)(b) aclara que el TM no requiere que las Partes Contratantes: (1) “tengan que adoptar o aplicar la regla de los tres pasos más allá de las obligaciones que le incumben en virtud del presente instrumento o de otros tratados internacionales”; o (2) “ratificar el WCT o adherirse al mismo o cumplir cualesquiera de sus disposiciones.”

en el TM, modifica las normas internacionales preexistentes referentes al agotamiento.

2.6.5. Implementación del Artículo 6

En la Declaración Concertada respecto del Artículo 6 se especifica que los países que ratificaron el Tratado de Marrakech “gozan de las mismas flexibilidades contempladas en el artículo 4 al cumplir las obligaciones que les incumben conforme a lo dispuesto en el Artículo 6”. Esto significa que todas las opciones y elecciones discrecionales disponibles al poner en práctica el Artículo 4, son igualmente aplicables al implementar el Artículo 6. Estas “flexibilidades” incluyen:

- En el Artículo 4(3) se permite a los estados “satisfacer lo dispuesto en el artículo 4(1) mediante el establecimiento de otras limitaciones o excepciones en su legislación nacional de derecho de autor conforme a lo dispuesto en los artículos 10 y 11.” Esta flexibilidad hace posible que los estados implementen el Artículo 6 por medio de la introducción de otras EyLs, sujetas a su conformidad con el TST.
- En el Artículo 4(4) se hace posible que los estados circunscriban las EyLs “a las obras que, en el formato accesible en cuestión, no puedan ser obtenidas comercialmente en condiciones razonables por los beneficiarios en ese mercado” (se agregó la letra cursiva para subrayar el texto). De acuerdo con esto, se permite a cada estado, pero no se exige, que introduzca un requisito de “disponibilidad comercial” a las importaciones de ejemplares en formatos accesibles.
- En el Artículo 4(5) se permite a los estados determinar si las EyLs del Artículo 4 deben “estar sujetas a remuneración”. Los estados pueden así aplicar su criterio para requerir que las importaciones de ejemplares en formatos accesibles estén condicionadas al pago de un canon razonable al titular de los derechos de autor.

Por razones similares a las que se analizaron en esta Guía con respecto al Artículo 4, un estado que adopta la opción de disponibilidad comercial o la de remuneración corre el riesgo de imponer trabas adicionales a la creación y al envío transfronterizo de ejemplares en formatos accesibles. Tales impedimentos socavan

los objetivos de derechos humanos del TM. Los efectos negativos de aprobar cualquiera de las dos disposiciones en el contexto del artículo 6 serían especialmente duros para las personas beneficiarias en los países en desarrollo y menos desarrollados, muchos de los cuales no tienen ni la capacidad tecnológica ni los medios financieros para satisfacer las necesidades de sus ciudadanos con discapacidad de lectura.

2.6.6. Aspectos transfronterizos no atendidos en el Tratado de Marrakech

El TM no atiende dos aspectos de gran importancia para ampliar la disponibilidad global de copias en formatos accesibles. Sin embargo, queda a discreción de los estados regularlos y, al hacerlo, incrementar los logros de los objetivos del Tratado:

1. Distribución de ejemplares en formatos accesibles a los países que no pertenecen al TM. Ampliar el intercambio de estos materiales con inclusión de exportaciones a y de países que no son miembros del TM no está expresamente autorizado ni expresamente prohibido por el Tratado. Sin embargo, tal ampliación ofrece significativas ventajas para las personas beneficiarias de todo el mundo. Primero, se incrementarían las cantidades y la variedad de copias disponibles en formatos accesibles para más personas con discapacidad de lectura en más países, por lo que aumentarían los efectos del TM para las Partes Contratantes. Segundo, demostraría los beneficios del intercambio transfronterizo.
2. Intercambio directo entre personas beneficiarias. Aunque tampoco está expresamente permitido o prohibido por el Tratado, las transferencias de ejemplares en formatos accesibles entre las personas con discapacidad de lectura, incluidos los que se hacen en forma personal, al compartir plataformas en línea y transferencias entre comunidades en la diáspora que tienen una lengua común, pueden ayudar al progreso del logro de los objetivos del Tratado. Los intercambios directos entre personas que ven se efectúan usualmente según una de varias excepciones en las leyes nacionales de derechos de autor, incluido el uso personal, el uso equitativo y el agotamiento de derechos. En forma similar, los intercambios directos entre

personas beneficiarias deberían estar contemplados bien dentro de estas excepciones o ser explícitamente reconocidos en la ley de implementación del TM.

En conclusión, las disposiciones para el intercambio transfronterizo del Tratado de Marrakech son fundamentales para la eficaz puesta en práctica y funcionamiento del Tratado. El trabajo conjunto con las EyLs requeridas por el Artículo 4 y los derechos de importación y exportación exigidos por los Artículos 5 y 6 apuntan a crear una red global para difundir copias en formatos accesibles a través de las fronteras e incrementar la disponibilidad de tales obras para las personas con discapacidad de lectura sin tener en cuenta la capacidad económica o tecnológica de los países en los que residen.

2.7. MEDIDAS DE PROTECCIÓN TECNOLÓGICA

2.7.1. Introducción y visión de conjunto

Las prohibiciones a la elusión de medidas de protección tecnológica (TPMs)⁵²

han sido un requisito de la ley de derechos de autor desde la conclusión del Tratado de derechos de autor de OMPI (WCT) y el Tratado de OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (WPPT, según su nombre en inglés) en 1966.⁵³ Las disposiciones que prohíben la evasión de las TPMs se ha incorporado a las leyes nacionales de muchos estados miembros de OMPI y a acuerdos comerciales regionales y plurilaterales. Como resultado, el uso de diversos instrumentos tecnológicos, con frecuencia complementados

⁵² “Las TPMs toman diversas formas y sus características cambian continuamente, pero algunos rasgos principales permanecen constantes. La clase más básica e importante de TPM es la tecnología de control de acceso. Una forma común de hacerlo es encriptando o codificando el contenido. En tal caso, el usuario recibe los datos pero debe seguir un procedimiento adicional para poder usarlo. Otra forma de control de acceso es un procedimiento que lo permite sólo con autorización probada, por ejemplo, una contraseña ... El otro tipo principal de TPM, controles de copia o uso, permite al propietario de los derechos admitir ciertas actividades pero impedir las ilícitas por un usuario que no tiene acceso a la obra.” IFPI, Los tratados de OMPI: *Medidas tecnológicas* (2003), <http://www.ifpi.org/content/library/wipo-treaties-technical-measures.pdf>.

⁵³ Ver WCT, Art. 11; WPPT, Art. 18. Una medida que requiere la efectiva protección legal de las TPMs también aparece en el Artículo 15 del Tratado de Beijing 2012 sobre interpretaciones y ejecuciones audiovisuales.

por estipulaciones contractuales restrictivas, se ha convertido en una forma estándar por la cual los titulares de los derechos de autor regulan el acceso y uso de obras digitales.

Sin embargo, las TPMs pueden impedir usos legales de obras protegidas por derechos de autor, incluso que las personas con discapacidad de lectura y las entidades autorizadas accedan, creen y compartan copias en formatos accesibles. Tales aplicaciones de las TPMs pueden impedir el ejercicio y goce de los derechos garantizados por el Tratado de Marrakech y frustrar los objetivos de la CDPD porque imponen barreras a las personas con discapacidad que les impiden participar plenamente en la sociedad. El TM apunta a lograr un equilibrio entre la defensa de normas legales que impiden la evasión de las TPMs en tanto garantizan que dichas normas no impidan u obstaculicen que las personas con discapacidad de lectura y entidades autorizadas accedan, creen y compartan ejemplares en formatos accesibles. Estos aspectos se atienden en el Artículo 7 del Tratado.

TEXTO DEL TRATADO DE MARRAKECH

Artículo 7:

Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas

Las Partes Contratantes adoptarán las medidas adecuadas que sean necesarias para garantizar que, cuando establezcan una protección jurídica adecuada y unos recursos jurídicos efectivos contra la elusión de medidas tecnológicas efectivas, dicha protección jurídica no impida que los beneficiarios gocen de las limitaciones y excepciones contempladas en el presente Tratado.

2.7.2. Análisis

El Artículo 7 exige que los estados proporcionen protección legal a las TPMs para asegurar que tal protección no impida el ejercicio de las EyLs requeridas por el Artículo 4, o los derechos conferidos según los Artículos 5 y 6 del Tratado. Las excepciones que requiere el TM se suman a cualquiera de las existentes o futuras con respecto a las TPMs dispuestas según la ley nacional. Según el Artículo 7, los estados deben asegurarse de que las excepciones a la protección legal de las

TPMs existan para las personas con discapacidad de lectura y para las entidades autorizadas. De acuerdo con eso, en los países en los que la ley nacional de derechos de autor prohíba la elusión de las TPMs, el estado debe garantizar que esta no frene ni la creación ni el acceso a obras digitales, ni tampoco que se las comparta con entidades autorizadas y personas beneficiarias.

Se pueden deducir varios principios interrelacionados del texto del Artículo 7 del TM. Primero, los estados que sí protegen las TPMs deben garantizar que los derechos de los beneficiarios y entidades autorizadas no se vean perjudicados por tal protección, ya sea formalmente (por ejemplo, en la legislación o en reglamentaciones administrativas) o en la práctica (por ejemplo, debido a acciones de titulares de derechos de autor u otros actores privados). El Artículo 7 usa palabras que indican una orden y “garantizar” para subrayar la naturaleza obligatoria de esta disposición a fin de salvaguardar los derechos de las personas con discapacidad de lectura de un uso de las TPMs que interfiera con los derechos del TM, énfasis requerido por sus objetivos de derechos humanos.

En segundo lugar, el Artículo 7 sólo se aplica a los estados del TM que prohíben la elusión de las TPMs en sus leyes nacionales de derechos de autor. Una cantidad de países no tienen actualmente una obligación internacional de promulgar tal prohibición, tales como los que no integran el WCT o el WPPT. Aunque el Artículo 7 no se aplica formalmente a estos estados, a menos que y hasta que promulguen leyes en ese sentido, no es menos recomendable que incluyan en la legislación de puesta en práctica del TM una excepción de las leyes anti-elusión para que se creen y compartan ejemplares en formatos accesibles por entidades autorizadas y beneficiarios. Esto asegurará que estos estén protegidos si el estado adopta más tarde leyes que prohíban la elusión de las TPMs, o en casos en los que acuerdos contractuales privados que prohíban la elusión tengan efectos similares sobre los derechos del TM.

Tercero, la forma más simple y menos pesada de implementar el Artículo 7 es la promulgación de una excepción legislativa o administrativa a la prohibición de eludir las TPMs. Por ejemplo, la Biblioteca del Congreso de los EEUU (en la cual está situada la Oficina de Derechos de Autor del país) tiene poder para anular la prohibición de eludir las TPMs en el caso de ciertas obras. Desde 2013 se ha

aplicado esta medida a obras literarias en formato electrónico para uso de personas con discapacidad.⁵⁴ Aunque el proceso de la Biblioteca del Congreso tiene fallas (que se analizan más abajo), su expresa exención envía una clara señal a los beneficiarios y entidades autorizadas de que pueden eludir las TPMs para crear ejemplares en formatos accesibles.

Sin tal exención expresa, en un juicio, los beneficiarios y entidades autorizadas como defensa, tendrían que reivindicar las EyLs basadas en el TM u otros derechos de autor y el riesgo legal asociado podría causar la abstención de ejercer los derechos del TM. La experiencia de los estados miembros de la Unión Europea ha demostrado también que recurrir a las cortes o agencias administrativas para resolver conflictos entre las EyLs al derecho de autor y las TPMs no ha sido efectivo para la protección del ejercicio de los derechos legales.⁵⁵ Una expresa exención legislativa o administrativa logra mejor el objetivo y propósito del TM en general y de los Artículos 4 y 7 en particular.

Asimismo, cualquier exención de este tipo debe ser tanto perdurable como neutral con respecto a la tecnología. Por ejemplo, la Biblioteca del Congreso de los EEUU, que requiere la renovación periódica de la exención, deja a los beneficiarios a merced de los caprichos del proceso administrativo de dictado de normas. Las primeras versiones de la exención de la Biblioteca del Congreso se limitaban a "obras literarias, distribuidas en formato de libro electrónico cuando todas las ediciones de este tipo existentes de la obra (incluido el texto digital facilitado por las entidades autorizadas) contienen controles de acceso que impiden habilitar la función de lectura en voz alta del libro o que

⁵⁴ Exención a la prohibición de eludir los sistemas de protección del derecho de autor para el acceso a tecnologías de control, 37 CFR 201.40(b)(2) (2015).

⁵⁵ La Directiva de Sociedad de la Información de la UE requiere que los estados se aseguren de que las TPMs no restrinjan el ejercicio de exenciones al derecho de autor. Directiva InfoSoc, nota anterior 8, ¶¶ 51-52. A pesar de este requisito, muchos estados miembros de la UE no han incluido una disposición en sus leyes nacionales respectivas para eximir la elisión de las TPMs a fin de garantizar el acceso, en tanto que otros sólo han incluido una declaración general acerca de la importancia de evitar el conflicto o han delegado el asunto a una corte o agencia. Ninguno de estos enfoques ha demostrado ser eficaz para garantizar que las TPMs no inhiban el acceso legal. Caterina Sganga, *Discapacidad, derecho a la cultura y al copyright: ¿Cuál opción regulatoria?*, 29 INT'L REV. LAW, COMPUTERS & TECH. 88, 102 (2015).

los lectores de pantalla conviertan el texto en un formato especializado". Tal limitación estaba en conflicto con la CDPD porque se limitaba a una tecnología específica de apoyo que algunas personas con discapacidad de lectura tal vez no podían usar o no hubiera respondido a sus necesidades. La exención se revisó en 2012 para eliminar las referencias a formatos particulares y poner el foco en la funcionalidad.

Un enfoque tecnológicamente neutral satisface mejor los propósitos del TM porque permite que los beneficiarios y entidades autorizadas se involucren en alguna actividad necesaria para hacer que una obra sea accesible, sin tener en cuenta las TPMs. Tal abordaje sería también coherente con la definición de "ejemplar en formato accesible" en el Artículo 2(b) del TM como copia que permita a las personas con discapacidad de lectura "acceso a ella, siendo dicho acceso tan viable y cómodo como el de las personas sin discapacidad visual o sin otras dificultades para acceder al texto impreso."

Otros enfoques del cumplimiento del Artículo 7 corren el riesgo de incompatibilidad con el objetivo y propósito del Tratado de Marrakech. Por ejemplo, requerir que los titulares del derecho de autor proporcionen a las entidades autorizadas y beneficiarios el medio para abrir la "cerradura digital" creada por una TPM crea el peligro de debilitar el ejercicio de los derechos del TM por recargarlos con la necesidad de pedir el acceso legal a cada una de las obras.

Incluso al crearse una exención se pone sobre los beneficiarios y las entidades autorizadas la carga de tomar medidas legales para eludir una TPM, por lo que se niega a las personas con dificultades para acceder al texto impreso el acceso a materiales sobre una base de igualdad con los demás. Los beneficiarios y las entidades autorizadas pueden carecer de la capacidad técnica para evadir las TPMs, o pueden tener miedo de hacerlo, aunque esté permitido, por el riesgo de crear una responsabilidad civil o hasta un castigo criminal. Como se explicó antes, el TM mismo subraya que las personas con discapacidad de lectura tienen derecho a acceder en forma "tan viable y cómoda" como alguien que no la tiene. El acceso que sólo es posible si se tiene el requisito de conocimientos y tecnología y que pone en riesgo la tolerancia necesaria para romper la cerradura tecnológica no es equivalente al que gozan las personas sin discapacidad de lectura.

Para aliviar estas cargas, los estados pueden considerar la posibilidad de pedir a los titulares del derecho de autor que depositen en una biblioteca o agencia gubernamental copias de obras sin TPMs de modo que se las puedan facilitar a las personas beneficiarias o a las entidades autorizadas que las solicitan. Tal enfoque ayudaría a reducir el efecto paralizador de las TPMs al darles a los beneficiarios y entidades autorizadas acceso a la versión depositada de una obra que no requiere elusión. Brindar acceso a tal fondo, sin embargo, debería agregarse y no reemplazar el permiso a las entidades autorizadas y a los beneficiarios de eludir las TPMs y producir sus propios ejemplares en formatos accesibles.

Finalmente, el Tratado de Marrakech no exige que las entidades autorizadas soliciten TPMs para producir copias en formatos accesibles; la Declaración Concertada del Artículo 7 simplemente les permite hacerlo.⁵⁶ Puesto que garantizar una eficaz implementación y funcionamiento del Tratado es en última instancia, responsabilidad legal de los gobiernos, los estados deben impedir que los sectores privados, incluso las entidades autorizadas, usen TPMs para frustrar el cumplimiento de estos objetivos.

En resumen, el propósito esencial del Artículo 7 es asegurarse de que las TPMs no impidan el goce de los derechos garantizados por el Tratado. El resultado de evitarlo es especialmente importante para los beneficiarios de los países en desarrollo y para los menos desarrollados, que es probable que estén excesivamente recargados por las TPMs. Dado que los intercambios transfronterizos de ejemplares en formatos accesibles mejorarán significativamente el bienestar social y los derechos humanos de las personas con dificultades para acceder a textos impresos en algunas de las regiones más pobres del mundo, los gobiernos deberían adoptar medidas para facilitar las condiciones necesarias para que disfruten efectivamente de los derechos que les confiere el TM. Tales medidas pueden incluir, por ejemplo, proporcionar excepciones a la responsabilidad criminal y alentar legalmente el desarrollo de tecnologías de elusión que estén a

⁵⁶ La Declaración Concertada del Artículo 7 dispone: "Queda entendido que, en diversas circunstancias, las entidades autorizadas deciden aplicar medidas tecnológicas en la realización, la distribución y la puesta a disposición de ejemplares en formato accesible y nada de lo dispuesto en el presente Tratado afecta dichas prácticas si están en conformidad con la legislación nacional."

disposición de las entidades autorizadas y de las personas con discapacidad de lectura.

2.8. REGLA DE LOS TRES PASOS

La regla de los tres pasos (TST) que se encuentra en múltiples tratados de PI aparece en algunas de las medidas del Tratado de Marrakech. La primera referencia aparece en el Artículo 5(4)(b), que limita la distribución de ejemplares en formatos accesibles y su puesta a disposición de países cuyos EyLs en beneficio de las personas con discapacidad de lectura están (1) expresamente sujetos a la regla, o (2) indirectamente sujetos a ella en virtud de la condición de miembro del WCT del país. En el artículo 11, a su vez, se requiere la aplicación de la TST cuando las Partes Contratantes “adoptan las medidas necesarias para garantizar la aplicación del presente Tratado.”⁵⁷

En esta sección de la Guía se explican los fundamentos de la política que subyace a la TST y el reconocimiento de larga data de que las EyLs benefician a los ciegos es coherente con la regla. Después de describir cómo esta bien arraigada posición informa la interpretación adecuada de la TST en el MT, en la sección surge la conclusión de que las EyLs del “puerto seguro” de los Artículos 4, 5 y 6 son presuntamente compatibles con la TST.

2.8.1. Fundamentos de la política de la regla de los tres pasos

La TST para evaluar las excepciones y limitaciones ha formado parte de la ley de derecho de autor durante casi medio siglo. Se la aprobó por primera vez en relación con la codificación del derecho exclusivo de reproducir obras protegidas por derechos de autor, que fue introducida en la Revisión de Estocolmo 1967, del Convenio de Berna. El Artículo 9.2 de este documento especifica que se permitirían las EyLs que acepten la reproducción de obras sin la autorización del titular de los derechos de autor si se satisfacen tres condiciones, a

⁵⁷ Más específicamente, en el Artículo 11 se requiere la aplicación de la TST como se señala en el Artículo 9(2) del Convenio de Berna, en el Artículo 13 del Acuerdo TRIPS y en los Artículos 10(1) y 10(2) del WCT. Cada uno de los cuatro párrafos del Artículo 11 se refieren a la TST como figuran en estos tratados de PI. Las múltiples referencias del Tratado de Marrakech a diversas reiteraciones de la TST aluden esencialmente al mismo estándar sustancial. De acuerdo con eso, esta Guía aplica una interpretación común de la TST a todas las disposiciones que mencionan la regla.

saber: que tal reproducción se aplique a (1) “ciertos casos especiales” que (2) “no discrepen con una explotación normal de la obra” y (3) que “no perjudiquen irrazonablemente los legítimos intereses del autor.”

Desde la adopción del Acuerdo TRIPS en 1994, se ha aplicado la TST a todos los derechos exclusivos de los titulares del derecho de autor. El Tratado de OMPI de Derechos de Autor de 1996 amplió la regla de las EyLs a los derechos exclusivos en el entorno digital. La TST está por consiguiente, firmemente anclada en la ley internacional de derechos de autor, hecho que explica las numerosas referencias a ella en el Tratado de Marrakech.

La TST demarca los espacios políticos dentro de los cuales los estados pueden legítimamente promulgar EyLs a los derechos exclusivos de los titulares del copyright.⁵⁸ En tal capacidad la regla sirve a un doble propósito. Un objetivo es salvaguardar estos derechos contra limitaciones o excepciones nacionales indebidamente amplias y no reguladas. Un segundo objetivo igualmente importante, sin embargo, es impedir “invasión del margen de libertad que los países miembros consideran indispensable para satisfacer importantes necesidades sociales o culturales”.⁵⁹ Las EyLs coherentes con la TST, no son por consiguiente, meras restricciones permisibles al derecho de autor; son expresiones legales de políticas gubernamentales que encarnan objetivos sociales y benéficos deseables, incluido el cumplimiento de una variedad de derechos humanos protegidos internacionalmente.⁶⁰

⁵⁸ *Ver, por ejemplo*, MARTIN SENFTLEBEN, LIMITACIONES DEL DERECHO DE AUTOR Y LA REGLA DE LOS TRES PASOS: UN ANÁLISIS DE LA REGLA DE LOS TRES PASOS EN LA LEY DE DERECHOS DE AUTOR INTERNACIONAL Y DE LA COMISIÓN EUROPEA 1 (2004) (que establece que “vista desde una perspectiva funcional”, la TST “establece límites a las restricciones sobre derechos exclusivos”).

⁵⁹ *Id.* en 48.

⁶⁰ *Ver, por ejemplo*, Informe de derechos de autor del Relator Especial, nota anterior 4, ¶ 61 (“Excepciones y limitaciones del derecho de autor – definir usos específicos que no requieren licencia del titular del derecho de autor, constituye una parte vital del equilibrio que la ley de copyright debe lograr entre los intereses de los titulares de los derechos con control exclusivo y los intereses de otros en la participación cultural.”).

2.8.2. La regla de los tres pasos y las excepciones y limitaciones para ciegos

A pesar de su importancia funcional, la TST fue criticada como vaga y ambigua y por lo tanto, abierta a una variedad de interpretaciones. Por ejemplo, aunque algunas de ellas lo ven como acumulativa, tales como las que consideran que cada paso de la regla debe ser satisfecho por una EyL para que sea permisible, otros están en desacuerdo.⁶¹ En la práctica, la aplicación de la TST a EyLs reales o potenciales ha permanecido sin resolver o impugnada. Pocas cortes nacionales o tribunales internacionales han interpretado la regla en el contexto de disputas concretas que implican leyes nacionales de derechos de autor y los comentaristas siguen divididos con respecto a cómo interpretar el puñado de decisiones que se han sometido a la regla.⁶²

A la luz de esta ambigüedad, la historia del borrador de la Revisión de 1967 del Convenio de Berna es especialmente útil para identificar aquellas EyLs que los negociadores analizaron y aprobaron expresamente. Lo que es de importancia crítica para el MT, es que demuestra claramente que se entendió que las EyLs que benefician a los ciegos satisfacen la TST desde sus inicios.

Una revisión del informe de las negociaciones revela que los estados miembros de Berna en Estocolmo, adoptaron de mutuo acuerdo un conjunto de medidas que codificaban el derecho exclusivo de reproducción a cambio de que se delineara un límite común exterior a la autoridad de los estados miembros para promulgar EyLs a ese derecho en sus leyes nacionales.⁶³ Como parte de ese compromiso, los redactores reconocieron explícitamente que ciertas EyLs de larga data se entendían como presuntamente satisfactorias para la TST. Con este fin, OMPI preparó una lista de las que existían en 1967. Los estados

⁶¹ Ver SENFTLEBEN, *nota anterior* 58, en 125-27; Instituto Max Planck para la Innovación y Competencia, Una interpretación equilibrada de la "regla de los tres pasos" en la ley de derechos de autor (Sept. 1, 2008), <http://www.ip.mpg.de/en/the-institute/events/patentrechtszyklus.html>.

⁶² Ver *Estados Unidos – Sección 110(5) de la Ley de Derechos de Autor de EEUU, Documento de la OMC WT/DS160/R* (Junio 15, 2000) [WTO §110(5) Informe del Panel]. Ver en general GRAEME B. DINWOODIE Y ROCHELLE C. DREYFUSS, *UNA VISIÓN NEOFEDERALISTA DEL TRIPS: LA RESILIENCIA DEL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL* (2012).

⁶³ Ver SENFTLEBEN, *nota anterior* 58, en 81-82.

miembros de Berna entendieron que esta estaba formada por “ciertos casos especiales” coherentes con la TST. Es de destacar que la lista hacía referencia específica a dos disposiciones que beneficiaban a personas con discapacidad de lectura:

- “(9) Reproducciones en caracteres especiales para uso de ciegos; [y]
- (10) Grabaciones de audio de obras literarias para uso de ciegos.”⁶⁴

Por consiguiente, la validez de las EyLs que benefician a los ciegos fue aceptada desde la aprobación inicial de la TST en 1967. Este reconocimiento no se ha cuestionado en las siguientes cinco décadas, aun cuando proliferaron los acuerdos internacionales de derechos de autor. Por el contrario, los estados miembros de OMPI convocaron una conferencia diplomática para aprobar el TM con el propósito preciso de clarificar y ampliar tales EyLs. Esto revela la importancia que los gobiernos conceden a la mejora de la posibilidad de que las personas con discapacidad de lectura accedan a libros y otras obras protegidas por derechos de autor.

2.8.3. Aplicación de la regla de los tres pasos al Tratado de Marrakech

La importancia histórica que tienen las EyLs para ciegos, y entender que tales leyes son presuntamente compatibles con la TST, son importantes indicadores para la interpretación del TM. Estas posiciones aceptadas desde hace mucho tiempo, vistas a la luz del objetivo global del Tratado de hacer que ejemplares en formatos accesibles estuvieran ampliamente a disposición de las personas con discapacidad de lectura, permite llegar a cuatro conclusiones claras.

Puerto seguro. Como se explicó en otra parte de esta Guía, las obligaciones esenciales que figuran en los Artículos 4, 5 y 6 del TM proporcionan opciones de “puerto seguro” para las EyLs que permiten que los beneficiarios y las entidades autorizadas creen, compartan e intercambien ejemplares en formatos accesibles a través de las fronteras. Debe considerarse que un estado que aprovecha estos puertos seguros y promulga EyLs internas que siguen el enfoque descrito en el Tratado actúa en conformidad plena con la TST. En

⁶⁴ Doc. S/1, Informes 1967, en 112, n.1 (citados por SENFTLEBEN, *nota anterior* 58, en 48.)

especial, para cumplir con esta, los países no necesitan requerir compensación o limitar las excepciones del TM a obras que estén disponibles en el comercio.

Dicho de otra manera, el texto del Tratado de Marrakech cuidadosamente negociado actualiza y amplía la permisibilidad de EyLs preexistentes que benefician a la personas con discapacidad de lectura. Al igual que los redactores de la Revisión de 1967 del Convenio de Berna, identificaron expresamente las EyLs nacionales para ciegos como compatibles con la TST, quienes negociaron el TM también identificaron de manera inequívoca una presunta vía legal para que los estados implementaran las obligaciones esenciales que impone. Cualquier otra interpretación socavaría este cuidadosamente elaborado trato multilateral y haría fracasar su objetivo y propósito.

Interpretación flexible de la Regla de los Tres Pasos. La inclusión de la regla de los tres pasos en el TM afirma que es suficientemente flexible para abarcar otras EyLs fuera del puerto seguro. En el mismo Tratado de Marrakech se reconoce expresamente en los Artículos 4(3) y 5(3) que los estados pueden cumplir con sus obligaciones por medio de otras EyLs. A este fin, la “flexibilidad” de la regla para este propósito se subraya en su Preámbulo,⁶⁵ y se refuerza aún más por las referencias de su Artículo 11 a los Artículos 10(1) y 10(2) del WCT. Tales disposiciones del WCT, a su vez, deben entenderse a la luz de su Declaración Concertada asociada, que confirma la flexibilidad de la TST como coherente con la autoridad nacional para crear y mantener EyLs.⁶⁶ Si se toman juntas estas referencias al WCT y las disposiciones

⁶⁵ El décimo párrafo del Preámbulo del TM “reafirma ... la importancia y la flexibilidad de la regla de los tres pasos relativa a las limitaciones y excepciones, estipulada en el artículo 9(2) del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas y en otros instrumentos internacionales.”

⁶⁶ La Declaración Concertada del Artículo 10 del WCT dispone: “Queda entendido que las disposiciones del Artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital. También queda entendido que el Artículo 10(2) no reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna.” WCT, Declaración Concertada respecto del Artículo 10.

del Tratado de Marrakech que incorporan la TST, ambas mantienen la discreción de los gobiernos para concebir sus propias EyLs a fin de cumplir con los objetivos del Tratado.

Aplicación en el entorno digital. La ampliación de las EyLs del Tratado de Marrakech a obras protegidas por derechos de autor en el entorno digital se basa en el compromiso que aparece en la Declaración Concertada del Artículo 10, que concibe la ampliación de las EyLs adecuada al entorno digital. Por ejemplo, en el Artículo 4(1)(a) del TM se invoca directamente el derecho a la “puesta a disposición” del WCT y en el Artículo 4(2) se alude a las entidades autorizadas a proporcionar ejemplares en formatos accesibles a las personas beneficiarias por “por cualquier medio, incluido ... mediante la comunicación electrónica por medios alámbricos o inalámbricos.” Además, en el Artículo 2 del TM se define “obras” y se incluyen las publicadas “por cualquier medio”. Si se toman juntas, estas provisiones autorizan a los estados a adoptar EyLs que permitan que las personas con discapacidad de lectura y las entidades autorizadas produzcan y compartan ejemplares en formatos accesibles usando todo el abanico de los medios sociales y de la tecnología digital.

Remuneración. La historia de la redacción de la Revisión de Estocolmo revela que los estados tienen considerable margen para elegir si requieren o no el pago de una remuneración a los titulares del derecho de autor con respecto a las EyLs que son coherentes con el Convenio de Berna. Son comunes en las leyes nacionales las excepciones no compensadas, ya sea por copia privada, bibliotecas, cita o para atender los intereses de los ciegos. Los posteriores precedentes y comentarios han reconocido, sin embargo, que la compensación puede en algunos casos suavizar las tensiones entre las consideraciones sobre la ley positiva y la normativa al aplicar el tercer y último paso de la TST.⁶⁷

En el Artículo 4(5) del Tratado de Marrakech se deja expresamente a la discreción de cada gobierno, la elección de proporcionar compensación. En el Artículo 4(5) se dispone que “*corresponderá a la legislación nacional* determinar si las limitaciones y excepciones previstas en el presente artículo están sujetas a remuneración” (se

⁶⁷ Ver SENFTLEBEN, nota anterior 58, en 131; cf. WTO §110(5) Informe del Panel, nota anterior 62, ¶ 6.229.

agregó la letra cursiva para subrayar el texto). Si la elección “corresponde a la ley nacional”, entonces tal elección no puede ser obstaculizada por las normas internacionales del derecho de autor, igual que las exclusiones en el Convenio de Berna que “corresponden a la ley nacional”, son *per se* admisibles según ese tratado.⁶⁸ Como resultado, un estado del TM que elige no requerir compensación cuando implementa el Artículo 4 no puede, tan sólo por esa razón, violar la TST. Una interpretación contraria no sólo estaría en desacuerdo con la ausencia de un requerimiento de compensación en muchas EyLs existentes a nivel nacional que benefician a las personas con discapacidad de lectura, sino que también significaría que una decisión discrecional que el Tratado delega expresamente a los gobiernos no sería de hecho en lo más mínimo, una elección.

Disponibilidad comercial. Como se explicó antes, en el Artículo 4(4) del TM se da a los países la opción de restringir las EyLs a obras en formatos que las personas beneficiarias no pueden obtener en términos comerciales razonables. Por las causas analizadas en otra parte de esta Guía, las Partes Contratantes deberían abstenerse de adoptar esta condición que puede socavar los importantes objetivos de derechos humanos del Tratado. Además, requerir la no disponibilidad comercial no proporciona seguridad legal de que las EyLs de un estado sean coherentes con la ley internacional de derechos de autor. Por el contrario, como explica la Declaración Concertada del Artículo 4(4), tal requisito “no prejuzga si una limitación o excepción contemplada en el presente artículo está en conformidad con la regla de los tres pasos.”

2.8.4. La regla de los tres pasos y la ley internacional de derechos humanos

Una aplicación flexible de la TST también se refuerza por la ley internacional de derechos humanos. Como se observó en el Capítulo 1 de esta Guía, el Artículo 30(3) de la CDPD obliga a los estados a “tomar todas las medidas pertinentes, de conformidad con el derecho internacional, a fin de asegurar que las leyes de protección de los derechos de propiedad intelectual no constituyan una barrera excesiva o discriminatoria para el acceso de las personas con discapacidad a

⁶⁸ Por ejemplo, el Artículo 2(4) del Convenio de Berna dispone que “queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de determinar la protección que han de conceder a los textos oficiales de orden legislativo, administrativo o judicial, así como a las traducciones oficiales de estos textos”.

materiales culturales.” Por consiguiente, la CDPD implícitamente refuerza la validez de las EyLs de larga data que favorecen a las personas discapacitadas para la lectura y expresamente obliga a tomar medidas legales, incluido un enfoque flexible de la TST, para mitigar el conflicto entre los derechos exclusivos de los titulares de los derechos de autor y las necesidades de los beneficiarios del Tratado de Marrakech.

La inclusión de la TST en el Tratado también ilustra un posible rol que la regla puede tener en un sistema de PI que respete los derechos humanos. Como el Relator Especial de Cultura explicó recientemente, los “estados tienen la obligación positiva de proporcionar un sistema sólido y flexible de excepciones y limitaciones del derecho de autor, para atender sus obligaciones en cuanto a derechos humanos. La regla de los tres pasos de la ley internacional de derechos de autor debería interpretarse para alentar la creación de tal sistema de excepciones y limitaciones.”⁶⁹ Esta declaración ve a la TST como mediadora entre los dos regímenes legales, que garantiza que los estados puedan aplicar la ley de derechos de autor de forma que proteja los derechos humanos y prevenga los abusos de los titulares del copyright.

⁶⁹ Informe de Derechos de Autor del Relator Especial, nota anterior 4, ¶ 104.

Capítulo 3

Poner en práctica el Tratado de Marrakech en la ley nacional

Es esencial que el objetivo global de derechos humanos del Tratado de Marrakech de incrementar la disponibilidad de ejemplares en formatos accesibles para las personas con discapacidad de lectura, se realice no sólo en papel sino también en la práctica. El Artículo 10(1) del TM refleja este compromiso y subraya que cada estado debe “adoptar las medidas necesarias para garantizar la aplicación del presente Tratado” (se agregó la letra cursiva para subrayar el texto).

Sin embargo, la aplicación eficaz del TM no tiene por qué ser cara o complicada. Al nivel más básico, cada país que lo ratifique debe revisar sus leyes nacionales de derechos de autor para permitir la producción, uso y que se compartan ejemplares en formatos accesibles. No obstante, para cumplir plenamente con los objetivos del TM, los estados también tienen que avanzar a partir de su implementación preexistente de los tratados de derechos humanos, incluso, en especial, la CDPD. La responsabilidad de poner el TM en práctica puede también ser confiada a las agencias u oficinas de PI gubernamentales que trabajan en asociación con las instituciones de derechos humanos.

Las secciones que siguen explican cómo los estados pueden lograr una eficaz puesta en práctica por medio de la creación de soluciones legales que permiten a los beneficiarios y entidades autorizadas reivindicar sus derechos de crear y compartir ejemplares en formatos accesibles (3.1); por medio del otorgamiento de autoridad sobre el TM a instituciones adecuadas nacionales de derechos humanos y PI (3.2) y por medio de la autorización a que estas instituciones participen en el control y ejecución de actividades (3.3).

3.1. CREACIÓN DE SOLUCIONES LEGALES

La incorporación del TM a la legislación nacional es un paso necesario pero no suficiente para asegurar los derechos de las personas con discapacidad de lectura a producir y compartir ejemplares en formatos accesibles. Los estados también proporcionan soluciones a las violaciones de estos derechos. El acceso a una solución es un importante principio internacional de derechos humanos. También es crítico garantizar que los derechos del TM sean eficaces en la práctica.

El acceso a una solución significa que las personas con discapacidad de lectura y las entidades autorizadas tienen que tener los medios para reclamar si la ley no satisface adecuadamente sus necesidades o si terceras partes violan sus derechos

Los estados pueden proporcionar acceso a soluciones si se aseguran de que, como defensa en procesos judiciales, las personas con discapacidad de lectura, sus organizaciones representativas y las entidades autorizadas puedan reivindicar el derecho de crear y compartir ejemplares en formatos accesibles. Por ejemplo, en *HathiTrust*, un juicio reciente en EEUU contra bibliotecas que digitalizaban libros para permitir el acceso de las personas con discapacidad de lectura, estas tuvieron éxito en basar su defensa por violación tanto del uso legítimo como de la Enmienda Chafee, legislación especializada que crea excepciones al derecho de autor para actividades en beneficio de personas con discapacidad de lectura.⁷⁰

Los estados deben asegurar también que las personas con discapacidad de lectura y las entidades autorizadas puedan hacer cumplir judicialmente y procurar la confirmación legal de sus derechos para crear y compartir ejemplares en formatos accesibles. Las soluciones disponibles para los beneficiarios del TM tienen que incluir requerimientos, daños y perjuicios y otras formas de ayuda necesarias para reivindicar tales derechos. Las leyes nacionales han de permitir que los beneficiarios, las entidades autorizadas y las instituciones nacionales de derechos humanos intervengan en los juicios existentes.⁷¹ Podrían también apoyarse en la CDPD u otros instrumentos de derechos humanos al poner en práctica la legislación a fin de ayudar a las cortes y otras instituciones a interpretar el TM para que su cumplan sus objetivos de derechos humanos.⁷²

⁷⁰ *HathiTrust*, 755 F.3d en 92.

⁷¹ De la exclusión a la igualdad: HACER REALIDAD LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (MANUAL PARA PARLAMENTARIOS ACERCA DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU PROTOCOLO FACULTATIVO) 103-04 (2007) (MANUAL PARA PARLAMENTARIOS).

⁷² Igualmente, algunos países disponen que la ley nacional de discapacidad debe leerse a la luz de los tratados que protegen los derechos de las personas con discapacidad. Ver PNUD, Nuestro DERECHO AL CONOCIMIENTO: REVISIONES LEGALES PARA

Las soluciones también proporcionan a los beneficiarios y a las entidades autorizadas la certeza y confianza legales para hacer, distribuir y compartir ejemplares en formatos accesibles. Aun cuando la ley nacional autorice tales actividades, estos actores pueden verse inhibidos del ejercicio de sus derechos debido a un lenguaje legal vago o ambiguo o a las acciones de terceras partes.

Los estados pueden minimizar estos efectos paralizantes garantizando que las excepciones del derecho de autor en la legislación de implementación del TM estén claramente redactadas y comuniquen con precisión y sin ambigüedad los derechos de los beneficiarios y entidades autorizadas a crear y compartir ejemplares en formatos accesibles. Tal legislación también debería evitar la creación de cargas adicionales, tales como el mantenimiento de registros de estándares, requerimientos de disponibilidad comercial o criterios de verificación del estatus de los beneficiarios, que pueden impedir el ejercicio de sus derechos a las personas con discapacidad de lectura y a las entidades autorizadas.

Aunque definir definir claramente los derechos y evitar cargas innecesarias es un primer paso importante, los estados deben también adoptar leyes y políticas que desalienten a los titulares de los derechos de autor a invocar procedimientos legales para impedir que las persona con discapacidad de lectura y las entidades autorizadas produzcan y compartan copias en formatos accesibles. Los litigios abusivos en materia de copyright, así como amenazas de litigios, pueden paralizar significativamente el ejercicio de los derechos del TM. Según la ley de PI tanto como según la de derechos humanos, tales juicios constituyen un abuso. Los estados tienen que considerar la creación de soluciones civiles para daños asociados a juicios sin fundamento (tales como el agravio de acusaciones maliciosas en virtud del derecho común) y normas procedimentales que autoricen a los jueces a pasar los costos del juicio a la parte perdedora (tales como estatutos del desplazamiento de honorarios).

Los estados tienen que asegurarse también de que los titulares de los derechos de autor no usen contratos para impedir que los beneficiarios y entidades autorizadas produzcan ejemplares en formatos accesibles,

por ejemplo, por medio de la inclusión de cláusulas que restrinjan el uso de materiales electrónicos o que prohíban eludir las TPMs. Tales cláusulas contractuales acaban con el objetivo y propósito del Tratado. Los estados deben por lo tanto, considerar la inclusión de una disposición en la puesta en práctica de la legislación que invalide cualquier cláusula contractual que ignore las excepciones y limitaciones que son obligatorias por el TM.⁷³

3.2. EMPODERAMIENTO DE LAS INSTITUCIONES NACIONALES

El Tratado de Marrakech da a los estados considerable discreción para seleccionar los arreglos institucionales que aseguren la efectividad de su implementación interna. Por ejemplo, invisten de autoridad a este documento en una institución nacional de derechos humanos, en una oficina de propiedad intelectual, o una agencia encargada de proteger las libertades civiles. También pueden distribuir estas funciones entre diversas agencias o ministerios.

3.2.1. Instituciones de derechos humanos

Una opción promisorio es conectar la implementación del TM con los procedimientos e instituciones ya establecidos o concebidos para la CDPD y otros tratados de derechos humano. Vincular la puesta en práctica del TM a estos mecanismos ayuda a asegurar que los esfuerzos de un país por cumplir con esos documentos sea coherente. También permite que el estado construya a partir de conocimientos y experiencia existentes, evita duplicación de esfuerzos, coordina actividades y proporciona una respuesta política coherente con múltiples obligaciones internacionales.

Y lo que es más importante, tal enfoque armonizado ayuda a garantizar que los interesados, personas con discapacidad de lectura, las organizaciones que abogan por ellos y las instituciones que están a cargo de la protección de los derechos humanos y combaten la discriminación de las personas con discapacidad, participen en las decisiones claves en relación a cómo se logra la eficacia del TM. Cualquiera sea la forma de organización que un estado elija, las instituciones responsables tienen que tener la independencia, los

⁷³ La ley alemana, por ejemplo, incluye en cualquier contrato, una disposición de ese tipo que invalida una excepción al derecho de autor. ESTUDIO DE OMPI, nota anterior 5, en 45.

poderes y recursos para supervisar todos los aspectos dentro de sus mandatos, incluso si fuere el caso, la autoridad de investigar las demandas acerca de violaciones de los derechos de acceso y de compartir del TM.

El Artículo 33 de la CDPD requiere que los estados invistan de autoridad con respecto a la CDPD a instituciones dentro y fuera del gobierno, tanto mecanismos independientes como organismos nacionales de derechos humanos, así como puntos "focales" y de "coordinación" dentro del gobierno.

Estas instituciones nacionales de derechos humanos, llamadas a veces, "comisiones de derechos humanos" o "defensores" (ombudsmen), comparten comúnmente una cantidad de rasgos. Son permanentes, creadas en general por la legislación o decreto ejecutivo. Son fundamentalmente organismos administrativos que dan opiniones y recomendaciones; muchos tienen poderes cuasi judiciales para revisar las demandas y resolver querellas relacionadas con aspectos de derechos humanos. Los principios que gobiernan su estructura exigen que tengan responsabilidad, entre otras cosas, de controlar la implementación de los tratados de derechos humanos, de informar a los mecanismos supervisores internacionales acerca del alcance de la materialización de los derechos entre el público.⁷⁴ La independencia de estas instituciones varía de acuerdo con sus relaciones con el gobierno, las fuentes de financiación, sus miembros y formas de funcionamiento. Idealmente, tienen que ser completamente independientes del gobierno para permitirles promover, proteger y controlar la implementación de los derechos humanos en forma más eficaz.

La CDPD también obliga a los estados a crear puntos "focales" dentro del gobierno para proteger los derechos de las personas discapacitadas. En algunos países se han establecido nuevas agencias u oficinas, por ejemplo, dentro del ministerio de justicia. Otros han aumentado los poderes de los organismos existentes, tales como una agencia encargada de proteger las libertades civiles y también hay algunos que han distribuido tales funciones entre diversas agencias o ministerios.⁷⁵ Los puntos focales involucran una variedad de tareas

⁷⁴ Manual para parlamentarios, nota anterior 71, en 98.

⁷⁵ *Ver id.* en 94.

tales como sugerir revisiones de las leyes y políticas nacionales, coordinar actividades e iniciativas gubernamentales, incrementar la concienciación, estimular la participación de las personas con discapacidad en la estructuración de las políticas y recoger y analizar datos. Cualquiera sea el procedimiento que un país de la CDPD elija, tiene que dar suficientes poderes para supervisar todas las actividades del gobierno relacionadas con la CDPD a la institución o instituciones.⁷⁶ El punto focal, por ejemplo, debe contar con recursos adecuados y cargos permanentes y estar situado a los más altos niveles gubernamentales.⁷⁷

El punto de “coordinación” requerido por la CDPD normalmente es un organismo público que coordine varias acciones del estado, que afecten a las personas con discapacidad.⁷⁸ Facilita acciones relacionadas con la CDPD en diferentes áreas y en diferentes niveles de gobierno. Debe ser permanente y promover la participación de personas con discapacidad en la toma de decisiones. Cada estado tiene que asegurar que las instituciones y procesos relacionados con la implementación y control del TM estén conectados con este punto de coordinación de la CDPD.

3.2.2. Instituciones de propiedad intelectual

Puesto que el Tratado de Marrakech usa instrumentos de derechos de autor para lograr objetivos de derechos humanos, las agencias y oficinas internas responsables de las leyes y políticas de propiedad intelectual deben estar involucradas en los esfuerzos dedicados a la implementación del Tratado. Sin embargo, los estados tienen que evitar invertir a tales oficinas o agencias sólo con autoridad interna sobre asuntos relacionados con el TM. Este autoriza a las personas discapacitadas a acceder, crear y compartir ejemplares en formatos accesibles sin la autorización de los titulares de los derechos. Estos objetivos están en cierta tensión con los mandatos, métodos de trabajo, culturas y composición que tradicionalmente se da a las instituciones de PI.

⁷⁶ *Id.* en 94-95.

⁷⁷ *Id.* en 94.

⁷⁸ *Id.* en 96.

No obstante, la experiencia, conocimientos y relaciones que estas instituciones han creado durante años pueden ser útiles para lograr las metas del TM. Por ejemplo, estas oficinas entienden los frecuentes aspectos técnicos de la ley y política de PI. También tienen conexiones con la industria privada que puede ayudar a asegurar el apoyo de los titulares de los derechos para la puesta en práctica del TM.

Además, las oficinas de PI han asumido la responsabilidad de los esfuerzos de ejecución de las excepciones al derecho de autor en otros contextos. La Biblioteca del Congreso de los EEUU, por ejemplo, supervisa los procesos de las acciones de exención de la legislación anti evasión.⁷⁹ Dada la naturaleza dual del TM como instrumento de derechos humanos y de PI, el enfoque más efectivo de su implementación es, por lo tanto, crear una autoridad compartida entre las instituciones nacionales de ambas áreas.

3.2.3. Vinculación con la Asamblea del Tratado de Marrakech

Las partes contratantes tienen que vincular sus mecanismos nacionales de implementación con la institución internacional creada por el TM, la Asamblea de Partes Contratantes. Según el Artículo 13(1)(a), este organismo es responsable de la admisión de organizaciones intergubernamentales, de decidir si conviene convocar una conferencia diplomática para revisar el TM y, lo más relevante a los propósitos actuales, “tratará las cuestiones relativas al mantenimiento y desarrollo del presente Tratado, así como las relativas a su aplicación y operación.”

Cada estado es responsable de enviar un delegado a la Asamblea, que puede contar con la ayuda de suplentes, asesores y expertos. Como parte de la creación de mecanismos nacionales para implementar el TM, un estado debe identificar una persona adecuada para que actúe como su delegado a la Asamblea y proporcionarle apropiado apoyo técnico, legal y otros. Este delegado debe ser idealmente alguien con conocimientos y experiencia en las tres áreas de temas relacionados con el Tratado, legislación de discapacidad, legislación internacional de derechos humanos y legislación de PI. Una persona con experiencia y conocimientos en el campo de la PI solamente no sería apropiada para

⁷⁹ Ver, por ejemplo, Exención de la prohibición de elusión de los sistemas de protección del derecho de autor para la tecnología de control de acceso, 37 CFR 201.40(b)(2) (2015).

cumplir con los objetivos predominantes de derechos humanos del TM. Además, los estados tienen que prestar seria consideración al nombramiento de una o más personas con discapacidad de lectura para que actúen como delegados o como miembros de la delegación ante la Asamblea.

3.3. Exigir el cumplimiento del Tratado

Las instituciones nacionales que cada Parte Contratante cree e invista con autoridad sobre aspectos relacionados con el Tratado de Marrakech debe ocuparse de una variedad de actividades para asegurarse de que las personas con discapacidad de lectura se beneficien con los derechos de este instrumento.

3.3.1. Derechos de control

Proporcionar a los beneficiarios y entidades autorizadas la capacidad de buscar soluciones en su propio nombre no asegura por sí sola la ejecución eficaz del Tratado de Marrakech. Los estados también tienen que controlar positivamente el alcance del incremento de acceso a libros y otras obras protegidas por derecho de autor de que gozan las personas con discapacidad de lectura. El control es esencial para identificar si los derechos otorgados por el TM se cumplen, es decir, si las personas con discapacidad de lectura y las entidades autorizadas en realidad están produciendo ejemplares en formatos accesibles y los comparten con beneficiarios de otros países.

Al centrarse en el real goce de los derechos, el control también genera información crucial que los estados pueden usar para identificar y abordar barreras de acceso concretas. Por ejemplo, puede revelar que los beneficiarios y sus organizaciones representativas no aprovechan las ventajas de sus derechos en el marco del TM debido a falta de conocimientos, amenazas de litigio, la imposición de contratos restrictivos o esfuerzos de terceras partes por limitar el acceso de otras maneras. El control ayuda también a asegurar que los actores privados no creen, debido a su tamaño o experiencia, monopolios de facto que dominen el mercado de los ejemplares en formatos accesibles. En estas y otras situaciones similares, un estado necesitará dar pasos legales adicionales para superar estas barreras y garantizar que se hagan realidad los objetivos del Tratado.

El control requiere un proceso permanente de identificación de las barreras de acceso que posiblemente comiencen tan pronto como un estado ratifique el TM y continúen a intervalos periódicos después de la incorporación del Tratado a la legislación interna. Por ejemplo, las instituciones nacionales mencionadas en la sección anterior deben recoger datos sobre diversos aspectos del cumplimiento, tales como la cantidad de obras en diferentes formatos accesibles, la cantidad de obras importadas y exportadas y la cantidad de usuarios que se beneficien por el acceso a obras protegidas. Siempre que sea posible, se tienen que desglosar los datos de los usuarios por región geográfica, género, raza, origen étnico, u otras situaciones de las minorías, ingresos y edad, siempre respetando la privacidad de las personas beneficiarias, según el Artículo 8. La información desglosada puede ayudar a evaluar no sólo los niveles generales de goce de los derechos en un país en especial, sino también si el acceso a los derechos y el acto de compartirlos alcanzan a todos sin discriminación, incluidas las poblaciones vulnerables y en desventaja.

Los procesos de control deberían ajustarse a un plan nacional de acción (que se analiza más abajo) y desarrollarse en consulta con los beneficiarios y las entidades autorizadas. Las agencias e instituciones responsables de esto en el país tendrían que informar regularmente al gobierno y hacer pública tal documentación, incluso en formatos accesibles. Las oficinas de propiedad intelectual, por ejemplo, podrían ser encargadas de recoger los datos sobre el número y tipo de personas beneficiarias que gocen de los derechos que les da el TM y si la cantidad de copias en formatos accesibles se ha incrementado con el transcurso del tiempo.

3.3.2. Ejecución de las soluciones legales

La institución o instituciones nacionales responsables de supervisar el TM deben tener autoridad para buscar soluciones en nombre de los beneficiarios. Muchos estados potencian a los organismos gubernamentales para procurar la ejecución directa de los derechos, tanto humanos como de propiedad intelectual. Tal organismo podría controlar su ejercicio e investigar y solucionar violaciones a los mismos, el acceso y posibilidad de compartir el TM, incluso, en los casos apropiados, entablar juicios en nombre de las personas cuyos derechos hayan sido violados.

La institución o instituciones antes mencionadas podrían también alentar la mediación con los titulares de los derechos de autor si se involucran en actividades que impidan el goce de los derechos del TM. Las instituciones nacionales de derechos humanos, por ejemplo, con frecuencia tienen autoridad para mediar o conciliar disputas.⁸⁰ Los procesos para resolverlas podrían tener un rol importante en la reducción de conflictos entre los titulares del derecho de autor, los beneficiarios y las entidades autorizadas.

3.3.3. Creación de un plan de acción nacional

Los estados deberían considerar la integración de los objetivos del Tratado de Marrakech en los planes nacionales de acción que elaboran para poner en práctica sus obligaciones con respecto a la CDPD y otros tratados de derechos humanos.⁸¹ Un plan de acción nacional es normalmente un documento amplio que contiene tanto los objetivos como los resultados medibles fijados por el gobierno, en consulta con los interesados. Los esfuerzos por implementar el TM tendrían que incorporarse a los planes existentes para hacer realidad los derechos de las personas con discapacidad. Podrían, por ejemplo, incrementar la concienciación acerca de los derechos del Tratado de Marrakech, definir los objetivos para ampliar el acceso a materiales impresos en formatos accesibles, incrementar la concienciación con respecto a los derechos del Tratado de Marrakech y recoger datos relacionados con tal acceso. El plan nacional de acción de Australia, por ejemplo, pide el “incremento de la participación de las personas con discapacidad, sus familias y personas que los cuidan, en la vida cultural, religiosa, de recreación y deportiva de la comunidad.”⁸² El plan nacional de Austria subraya la importancia de incrementar la concienciación con respecto al tema de la accesibilidad y encarga a todos los ministerios de gobierno un mayor trabajo de relaciones públicas.⁸³

En tales documentos tendrían asimismo que identificarse pasos para incrementar el acceso a copias en formatos apropiados. El de Albania, por ejemplo, pide “apoyo para la creación de ‘libros hablados’ y

⁸⁰ MANUAL PARA PARLAMENTARIOS, *nota anterior* 71, en 98, 102-03.

⁸¹ Declaración de Viena y programa de acción (25 de junio de 1993), ¶ 71.

⁸² Consejo Australiano de Gobiernos, Estrategia Nacional de Discapacidad 2010-2020, p. 31.

⁸³ Plan de Acción Austríaco de Discapacidad 2012-2020, pp. 43-44.

publicaciones en brail [sic], que incluya materiales correspondientes a los currículos escolares, técnicos, legales y artísticos,” y encarga estas tareas a las organizaciones no gubernamentales y a la Asociación Albanesa de Ciegos.⁸⁴ Los planes nacionales de acción permiten a los estados identificar con especificidad qué parte del gobierno tendrá la responsabilidad de implementar cuáles objetivos y establecer los pasos concretos que estas entidades deben llevar a cabo. Los estados tendrían que garantizar que todos los aspectos del plan sean accesibles a las personas con discapacidad de lectura y sus organizaciones representativas.

Los estados podrían también incluir en sus planes de acción nacionales medidas para alentar el desarrollo de dispositivos tecnológicos que permitan a las personas con discapacidad de lectura eludir las TPMs cuando fuere necesario para crear ejemplares en formatos accesibles. Los estados deberían considerar la promoción de los que incrementan el acceso por medio de políticas de investigación y desarrollo. Asimismo, sería necesario que eliminen de responsabilidad legal a la creación de tecnologías que los beneficiarios y autoridades autorizadas usen para evadir las TPMs a fin de ejercer los derechos del TM.⁸⁵

3.3.4. Ocuparse de la formación y ampliación del radio de acción

Es crítico formar y lograr más alcance para asegurar la eficacia de los esfuerzos del estado por implementar el Tratado de Marrakech. Para lograr este objetivo, las personas con discapacidad de lectura, los titulares de derechos de autor, quienes desarrollan la tecnología y el software y el público en general deben entender que las personas con discapacidad de lectura y las entidades autorizadas pueden producir y compartir ejemplares en formatos accesibles sin permiso de autor.

Las iniciativas en este sentido deben tener como objetivo todos estos actores. Llegar a los titulares de derechos de autor es especialmente importante para reducir el riesgo de que, por ejemplo, amenacen a las personas y entidades autorizadas con litigios infundados o impongan

⁸⁴ República de Albania, Estrategia Nacional sobre Personas con Discapacidad, 2006, p. 33, disponible en <http://www.osce.org/albania/40201?download=true>.

⁸⁵ En el Artículo 9(2)(h) de la CDPD se requiere que los estados que la ratifiquen, promuevan el diseño, elaboración, producción y distribución de información en formatos accesibles y de tecnología y sistemas de comunicaciones desde su primeras etapas de modo que sean asequibles a un costo mínimo.”

términos contractuales para frustrar los derechos del TM. Un aumento más amplio de la concienciación acerca del derecho de crear y compartir copias en formatos accesibles permitirá a las personas con discapacidad de lectura y a las entidades autorizadas aprovechar las ventajas del Tratado. Tal conocimiento ayudará igualmente a estos actores a identificar y superar cualquier carga en el ejercicio de estos derechos y a procurar solución a las violaciones.

Los estados deberían asimismo difundir ampliamente el hecho de haber ratificado el TM y su trabajo de implementación, con inclusión de las escuelas, bibliotecas y agencias nacionales y locales. Tal difusión pueden incluir, por ejemplo, anuncios de servicios públicos y cartas de "conozca sus derechos". Las organizaciones de derechos de la discapacidad son asociados cruciales en los esfuerzos por llegar a las personas beneficiarias; idealmente, tales organizaciones deberían involucrarse en cada etapa de la puesta en práctica del TM, incluido un proceso permanente de consulta. Además, proporcionar formación y recursos a agencias gubernamentales de PI permitiría que su personal respondiera a las consultas de los titulares de los derechos de autor. Asimismo, podrían difundirse actualizaciones acerca de la puesta en práctica de la legislación entre los abogados, por medio de las organizaciones de acreditación profesional, tale como los colegios nacionales o locales de abogados.

3.4. OCUPARSE DE LA INFORMACIÓN NACIONAL

Las Partes Contratantes del Tratado de Marrakech deberían estar preparadas para proporcionar información en los informes periódicos a los organismos de las Naciones Unidas que controlan el cumplimiento de los derechos humanos por parte del estado, acerca del acceso y derecho de compartir de las personas con discapacidad de lectura. Hay tres tipos de instituciones que se ocupan de esta clase de control: los órganos de tratados de la ONU (incluido, en particular, el Comité de la CDPD), el Consejo de Derechos Humanos de la ONU y el de procedimientos especiales de la ONU.

3.4.1. Órganos de tratados de la ONU

Como se observó en el Capítulo 1 de la Guía, cada una de las diez convenciones principales de derechos humanos de la ONU, incluida la CDPD, crea un mecanismo internacional de control conocido como "órgano de tratado", un comité de expertos encargado de supervisar la

implementación de esa convención y evaluar si los estados cumplen los derechos que protege. Para la CDPD, estas funciones las cumple el Comité de la CDPD.

Los órganos de tratados se ocupan de cuatro actividades fundamentales: revisar los informes de los estados, recibir comunicaciones, involucrarse en investigaciones y publicar comentarios generales. Primero, los órganos de tratados estudian los informes sometidos por los estados partes cada pocos años, donde describen las medidas que han adoptado para hacer efectivas las convenciones. Los miembros del Comité plantean cuestiones a los funcionarios que los presentan y dialogan con ellos en las sesiones públicas en Nueva York y Ginebra. Finalizan la revisión con observaciones y recomendaciones concluyentes para la acción futura. Por ejemplo, como se mencionó en la Sección 1.1.4, cuando se revisaron los informes de los estados partes de la CDPD, el Comité instó a los gobiernos a ratificar y poner en práctica el Tratado de Marrakech.

Segundo, los órganos de tratados reciben quejas, llamadas comunicaciones, de personas que alegan que un gobierno ha violado derechos y libertades protegidas. Las revisan, determinan si el estado ha quebrantado el tratado y recomiendan cómo puede el estado reparar tal hecho. Sin embargo, los órganos de tratados pueden revisar las demandas individuales si el estado ha aceptado una cláusula opcional o protocolo facultativo que les reconoce autoridad para hacerlo. Hasta octubre de 2016, 92 de los 168 países miembros de la CDPD ratificaron el Protocolo Facultativo.

Tercero, el Protocolo Facultativo de la CDPD también autoriza a su Comité a realizar investigaciones en los estados partes si recibe información confiable que indica violaciones graves o sistemáticas de la CDPD. Hasta fines de 2016, el Comité no ha iniciado ninguna acción de ese tipo.

Cuarto, además de conclusiones y recomendaciones de los informes de países individuales, los órganos de tratados publican “comentarios generales” sobre aspectos y problemas comunes a todos los estados partes. Por ejemplo, en 2014 el Comité de la CDPD publicó dos comentarios generales, uno sobre accesibilidad para las personas con discapacidad y la otra sobre el reconocimiento igual ante la ley. Los

comentarios generales describen los derechos y libertades protegidos en formas que con frecuencia son más detalladas y más relevantes a las circunstancias contemporáneas que el texto de las convenciones de derechos humanos mismas. Con respecto a los derechos de acceso y compartir, los órganos de tratados pueden proporcionar orientación normativa con respecto a las obligaciones de los derechos humanos que se superponen con estas medidas.

En suma, los estados pueden proporcionar información al Comité de la CDPD o a otros órganos de tratados, en conexión con los informes periódicos, en respuesta a comunicaciones de personas con discapacidad de lectura, o si el Comité inicia una investigación sobre los derechos de acceso y de compartir del MT. Los estados que lo ratifican deben proporcionar esa información al Comité de la CDPD en particular y, cuando fuere relevante, a otros órganos de tratados a los que informan su progreso en la implementación del TM y de cualquier obstáculo que hayan encontrado en este aspecto. Para proporcionar tal información, las instituciones de derechos humanos y de PI a nivel nacional encargadas de supervisar el TM tendrán que estar involucradas en informar a los órganos de tratados. Los funcionarios que preparan los informes periódicos de un país o responden a las comunicaciones o consultas, deben solicitar información a estas instituciones y a otros organismos encargados de implementar y controlar el TM.⁸⁶ Los estados deben tener presente que las personas con discapacidad de lectura y las organizaciones que los representan pueden también preparar y presentar informes “complementarios” (sombra) al Comité, que tienen como misión destacar las brechas o inexactitudes del documento oficial del gobierno.

Ninguno de los pronunciamientos de los órganos de tratados, observaciones a los informes de los países, comentarios generales o decisiones de revisión de demandas individuales, son legalmente vinculantes. Sin embargo, como declaraciones oficiales de los expertos autorizados a controlar el cumplimiento de la ley internacional de derechos humanos, sus pronunciamientos tienen para los estados

⁸⁶ Australia, por ejemplo, ha establecido un detallado proceso para solicitar los puntos de vista de organismos gubernamentales relevantes al preparar los informes periódicos. Ver Comisión Australiana de Derechos Humanos, Investigación sobre el Proceso de Elaboración de Tratados (Marzo 20 de 2015), <https://www.humanrights.gov.au/submissions/inquiry-commonwealth-s-treaty-making-process#fnB8>

partes un autoridad persuasiva y moral considerable. Por ejemplo, estos documentos han sido citados favorablemente en litigios ante cortes internacionales y nacionales, han conducido a algunos estados a cambiar las leyes nacionales y las organizaciones de la sociedad civil los han tenido en cuenta al abogar por reformas nacionales legales y políticas⁸⁷

3.4.2. Organismos creados en virtud de la Carta de la ONU

La Carta de la ONU es la convención internacional por la que se crea la Organización de las Naciones Unidas. Varios organismos instituidos bajo la autoridad de la Carta de la ONU también ejercen importantes funciones relacionadas con la promoción y protección de los derechos humanos. El más importante de ellos es el Consejo de Derechos Humanos, un organismo formado por 47 estados miembros de la ONU elegidos para ello. Las funciones del Consejo incluyen la elaboración normativa de los estándares de derechos humanos, la designación de expertos independientes para realizar estudios y misiones de detección de datos en países específicos o sobre determinados temas, la consideración en sesiones públicas y privadas de demandas que alegan violaciones de derechos humanos y el proceso de Examen Periódico Universal (EPU), que evalúa las prácticas de derechos humanos de cada uno de los 193 estados miembros de la ONU, una vez cada cuatro años. Como parte de estos procesos, a los estados que ratifican el TM se les puede preguntar sobre su puesta en práctica.

Otra institución de derechos humanos creada bajo la Carta de la ONU es la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH). Creado en 1993, su capacidad de mandato incluye la promoción del respeto de los derechos humanos e impedir que se comenten violaciones en todo el mundo.

⁸⁷ Ver, por ejemplo, Jarlath Clifford, La Convención de Discapacidad de la ONU y su impacto en la Ley Europea de Igualdad, 6 EQUAL RTS. REV. 11 (2011); Rosanne van Alebeek y André Nollkaemper, EL ESTATUS LEGAL DE DECISIONES DE LOS ÓRGANOS DE TRATADOS EN LA LEY NACIONAL, en ÓRGANOS DE TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU: LEY Y LEGITIMIDAD 356 (Helen Keller y Geir Ulfstein, responsables de la edición, 2012).

3.4.3. Procedimientos especiales de la ONU

De vez en cuando, el Consejo de Derechos Humanos designa expertos para que aborden temas específicos de los derechos humanos o de su situación en países determinados. Tales mandatos a los que colectivamente se menciona como "procedimientos especiales" pueden ser ejecutados por personas ("Expertos Individuales" o "Relatores Especiales") o grupos ("Grupos de Trabajo"). Actúan en su capacidad individual y se ocupan de diversas actividades: recoger evidencias e informar sobre violaciones de derechos humanos, elaborar normas legales, comunicarse con los gobiernos acerca de casos especiales y condenar violaciones. Los informes y otros documentos que se generen por los procedimientos especiales no son legalmente vinculantes, pero tienen una significativa autoridad moral y proporcionan una fuente importante de orientación para interpretar la situación y entender la naturaleza de los derechos humanos en ciertas áreas. Un experto cuyo trabajo es directamente pertinente al TM es el Relator Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.⁸⁸

⁸⁸ El cargo de Relator Especial se creó por primera vez en 1993 para controlar la implementación de las Normas Uniformes de la ONU sobre la Igualdad de Oportunidades para las personas con Discapacidad

CONCLUSIÓN

El Tratado de Marrakech para Facilitar el Acceso a las Obras Publicadas a las Personas Ciegas, con Discapacidad Visual o con Otras Dificultades para Acceder al Texto Impreso es un desarrollo clave en múltiples aspectos. Es el primer instrumento legal internacional cuya finalidad principal es establecer excepciones obligatorias a los derechos exclusivos de los titulares del derecho de autor. Marca también la primera vez que la materialización de derechos humanos internacionales es el objetivo explícito de un tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y del sistema internacional para la protección de la propiedad intelectual.

El Tratado de Marrakech requiere que los países que lo ratifican aprueben una legislación que permita a las personas con discapacidad de lectura y a las entidades autorizadas a producir y compartir ejemplares en formatos accesibles de obras protegidas por los derechos de autor. También facilita el intercambio transfronterizo de tales ejemplares para ampliar su puesta a disposición de las personas con discapacidad de lectura de todo el mundo. El Tratado proporciona una gama de opciones para que los estados cumplan con sus obligaciones, lo que provoca nuevas y con frecuencia desafiantes cuestiones de interpretación y puesta en práctica.

Esta Guía ofrece un amplio marco para que los funcionarios gubernamentales, quienes deciden las políticas y las organizaciones de derechos de la discapacidad lo interpreten e implementen en la ley nacional. La premisa central de la Guía es que el Tratado de Marrakech usa las instituciones y doctrinas de la propiedad intelectual para lograr objetivos de derechos humanos. Este enfoque se basa en el Preámbulo del Tratado, que hace referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esto es también compatible con el sistema internacional de derechos de autor e impulsa sus objetivos de bienestar público global. Al reconocer que los estados tienen obligaciones tanto con respecto a la propiedad intelectual como a los tratados de derechos humanos, la Guía ofrece principios generales y recomendaciones políticas específicas para interpretar e implementar el Tratado en forma coherente con ambos conjuntos de compromisos.

Esta Guía no pretende responder todas las cuestiones que probablemente surjan a medida que los estados pongan en práctica y apliquen el Tratado de Marrakech en sus sistemas legales. Los países conservan considerable discrecionalidad para elegir cómo hacer que resulte más eficaz. Muchos aspectos del Tratado de Marrakech van a evolucionar con el tiempo, moldeado por las elecciones políticas de los funcionarios de gobierno y los grupos de la sociedad civil, por las nuevas tecnologías y por las instituciones nacionales e internacionales que controlan la fidelidad al Tratado. Sin embargo, estos desarrollos deben siempre guiarse por las necesidades prácticas de las personas con discapacidad de lectura que son los principales beneficiarios del Tratado. Tener presente su bienestar no sólo va a dar fuerza a los regímenes de derechos de autor y de derechos humanos, sino que también materializará más plenamente las aspiraciones compartidas de progreso humano que encarna el Tratado.