

El derecho de propiedad intelectual internacional. Desafíos de política para América Latina y el Caribe

Fabio Grobart Sunshine, Centro de Investigaciones de la Economía Internacional, Universidad de La Habana

En el contexto contradictorio, lleno de retos e incertidumbres, que caracteriza el desarrollo de las fuerzas productivas en la fase actual del imperialismo —el capitalismo monopolista transnacionalizado— este incorpora, como factor decisivo de su competitividad, seguridad integral y “continuidad histórica” como sistema, la capacidad de generación científica y de innovación tecnológica a su estrategia global, conjugando el desarrollo intensivo del nuevo paradigma tecno-económico en sus principales metrópolis con la explotación extensiva de la periferia del sistema. La transferencia de alta tecnología y la exportación de los correspondientes productos y servicios, poseen actualmente la más dinámica tasa de crecimiento en el mercado mundial y reporta lucrativos ingresos y “superganancias” por concepto de la novedad y la protección de la propiedad intelectual a sus principales promotores, las corporaciones transnacionales. El aseguramiento y la eternización de esa posición privilegiada, en usufructo *cuasi* monopolístico, constituye por tanto una de las primeras prioridades políticas, económicas e ideológicas para los fines estratégicos hegemónicos de la primera potencia planetaria, los Estados Unidos, y es objeto de una desenfrenada competencia entre los países industriales de la tríada (los Estados Unidos, Unión Europea, Japón).

En la lucha por el dominio o la subsistencia en un mundo marcado por tendencias hacia una globalización regida por los intereses del capital transnacional, si bien ya en recurrente y prolongada crisis sincrónica, se evidencian las principales contradicciones Norte-Norte y Norte-Sur (manifestaciones estas, en el plano internacional, de las contradicciones más profundas de capital-capital y capital-trabajo) a las que el Sur —los países subdesarrollados, en general, y los de *Nuestra América*, en específico— accede en gran desventaja por desvalorizarse sus otroras ventajas comparativas estáticas y no poseer, en su predominante mayoría, del apropiado ámbito sistémico de fertilidad nacional para crear las nuevas ventajas comparativas dinámicas, basadas en la capacidad de generar, asimilar y aplicar el conocimiento.

En este orden de cosas, y como parte de una investigación más amplia en el presente trabajo se brinda una sucinta aproximación al necesario análisis crítico sobre:

- la reciente inclusión del tratamiento de la propiedad intelectual entre las funciones de la Organización Mundial del Comercio a inicios de los

años 90, recogida en el acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC), y

- al reflejo de este antecedente en capítulos relativos a la propiedad intelectual en los tratados de libre comercio, bilaterales y multilaterales, entre los Estados Unidos y los países de América Latina y el Caribe, como “camisas de fuerza” adicionales —en condiciones de inequidad resolutive— tendentes a reforzar y eternizar dichas asimetrías, y, con ellas, un futuro de exclusión para el desarrollo de Nuestra América.

Antecedentes

La redacción, motivos, principios, objetivos declarados, objetos de acción e instrumentos jurídicos de los acuerdos y tratados referidos más arriba tienen su antecedente inmediato en la reciente inclusión del tratamiento de la propiedad intelectual, primero, en el marco de discusión del acuerdo general sobre aranceles y comercio (en inglés General Agreement on Tariffs and Trade, GATT) y, más adelante, entre las funciones de la Organización Mundial del Comercio a inicios de los años 90. Recogidos en los Acuerdos sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio, este nuevo marco legal tiene implicaciones graves para los países subdesarrollados en general y los latinoamericanos y caribeños, en específico. La carencia de homogeneidad y seguridad características del derecho internacional público hasta entonces vigente y los intereses económicos de las corporaciones transnacionales de los países capitalistas industrializados —propietarias prevalecientes de títulos de propiedad intelectual— fueron los factores dominantes que motivaron la inclusión de esta materia en un tratado de índole comercial y no en la Organización Mundial de las Naciones Unidas especializada en la propiedad intelectual.

Según esta lógica, uno de los objetivos principales de la inclusión de los derechos de propiedad intelectual en el GATT fue la de someter a los países subdesarrollados a las mismas reglas que las de los países de antigua y amplia industrialización, lo cual se aprobaría sin tomar en consideración que los primeros, con industrias nacientes, no podrían soportar la carga de dicha “igualdad jurídica” en las condiciones vigentes de desigualdad económica, social, cultural y científico-tecnológica, entre otros factores que marcan una profunda y amplia brecha en los niveles y el carácter del desarrollo de las fuerzas productivas y de las correspondientes relaciones de producción imperantes en ambos grupos de países.

En lo expuesto se manifestarían algunas de las diferencias de posiciones, planteadas tempranamente durante el período de negociaciones de la Ronda de Uruguay, y que finalmente se plasmaría en el acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, estableciendo solo algunas derogaciones temporales —en ciertos casos aparentes— de algunas normas, lo cual

no sería suficiente como para otorgar a este acuerdo la flexibilidad requerida y reconocida —al menos declarativamente— en su exposición de motivos y objetivos.

De otro lado, si bien al establecer un sistema de resolución de conflictos centralizado esta nueva normativa se pudiera considerar, en cierta medida, como un avance positivo hacia el multilateralismo en relación con la práctica anteriormente existente de otorgamiento de alcance extraterritorial a la legislación de los estados, y muy particularmente a la de los Estados Unidos, no obstante, los argumentos —por parte de algunos países subdesarrollados— a que esta materia no se incluyera en el mencionado acuerdo no prosperaron y se impuso la posición de los promotores de incluir esta materia en el GATT. Por añadidura este tratado se negoció sin la participación de América Latina y el Caribe y con gran desinformación sobre las implicaciones para estos, de su adhesión formal.

Por la trascendencia metodológico-normativa de legislación “de marco mínimo” de los acuerdos sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio —poseedores de un carácter internacionalmente unificado y vinculante— para la elaboración de tratados bilaterales y multilaterales regionales, se hace imprescindible su examen, contenido de evidentes amenazas potenciales para los fines estratégicos del desarrollo, y, a la vez, de algunas flexibilidades incluidas en la exposición de motivos, principios y objetivos declarativos, que pudieran ser tácticamente utilizables para la protección temporal de los intereses de los países subdesarrollados. Igualmente, de los derechos sustantivos y los aspectos procesales relativos al cumplimiento de los derechos de propiedad intelectual, reforzados enormemente en beneficio de los poseedores de los títulos de propiedad intelectual a la vez que de los correspondientes recursos para defenderlos.

Al respecto suscita inquietudes la reciente ampliación de la materia susceptible de ser protegida, particularmente, la protección de los programas computacionales a través del derecho de autor, la ampliación de la materia patentable a “todos los campos de la tecnología” así como a la propia esfera de los procesos de investigación y desarrollo, de normas y metrología de puntera del conocimiento, de la estructura de la materia viva y de otras materias nuevas que tradicionalmente no se protegían —menos aún, en los países subdesarrollados— a la vez que el establecimiento de una “batería” de recursos procesales que se pudieran utilizar por los que poseen los recursos para ello, con carácter *cuasi* monopolístico.

El quid de la cuestión radica en que muchos de los países subdesarrollados, incluidos los de América Latina y el Caribe, —tanto al inicio de la Ronda de Uruguay como hasta el presente— no cuentan, en términos generales, con títulos de propiedad intelectual para ser protegidos por las modalidades establecidas ni con los recursos técnicos, económicos ni humanos para hacer uso, ni remotamente

eficaz, de los medios que otorga esta legislación en la protección de sus eventuales bienes intelectuales. Se evidencia en consecuencia una marcada desigualdad también en el beneficio del marco legal establecido en los acuerdos sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, lo que se impondría revisar y superar colectivamente en el marco internacional, como bloque mayoritario en la comunidad de naciones y también por el volumen de su población.

En tal sentido, sería recomendable intentar la reapertura mancomunada del debate en la Organización Mundial del Comercio y otros foros internacionales, respecto del marco legal establecido en los acuerdos sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. Para ello, sin embargo, como paso previo para el correspondiente proceso, sería conveniente que los países subdesarrollados efectuaran un esfuerzo preparatorio mancomunado destinado a:

- levantar un inventario exhaustivo del patrimonio intelectual científico-tecnológico, productivo-innovativo, cultural y étnico-tradicional, genético y de biodiversidad, etcétera, que los mismos poseen y de las tareas necesarias para protegerlo;
- examinar a fondo los acuerdos sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, a fin de identificar con claridad los núcleos de flexibilidad implícitos en el texto, precedentes de “fuerza mayor” reconocidos en su aplicación, las materias dejadas fuera del tratado y las mejores formas de hacer uso de todo ello así como de los propios principios del acuerdo que declaran la importancia de los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio para “facilitar el desarrollo tecnológico del mundo no desarrollado”;

con tal de formar doctrina y jurisprudencia en beneficio de los países subdesarrollados en este frente de cosas.

En otras palabras, llegar a una jurisprudencia programáticamente basada en una ética renovada, centrada en los principios de justicia y equidad para un desarrollo sostenible de la humanidad, dentro de este marco legal, de forma tal que a través de ella se restablezca la necesaria confianza entre las partes, imprescindible en cualquier tratado de esta naturaleza, lo cual debería ser un objetivo de todos los miembros de este acuerdo.

Aspectos generales

Las nuevas disciplinas e instituciones regulatorias a escala mundial resultantes de la Ronda Uruguay del acuerdo general sobre aranceles y comercio de 1994 están comenzando a influir de manera significativa sobre los países de menor desarrollo relativo y, en particular, sobre las economías aún débilmente integradas de América Latina y el Caribe. Un nuevo lenguaje relacionado con los mecanismos de

“consulta” entre estados, con la constitución de “paneles de conciliación y resolución de conflictos”, etcétera, ha estado tomando forma en el mundo, paso a paso, con la gradual imposición por las potencias capitalistas industriales (en función, esencialmente, de los intereses de sus corporaciones transnacionales) del proceso de globalización —con carácter neoliberal— de la economía internacional. Dentro de dicho conjunto de temas nuevos, el relacionado con la propiedad intelectual aparece como un capítulo que reclama creciente atención si se ha de identificar con claridad los pros y los contras para los países subdesarrollados del nuevo escenario institucional en pleno proceso de instalación y consolidación a escala mundial.

Junto con las desregulaciones en el sentido de la eliminación gradual de distintos tipos de subsidios y protecciones arancelarias al comercio, del otorgamiento de igual trato a nacionales y extranjeros, o de la consagración a nivel constitucional de derechos de propiedad sobre el patrimonio —hasta entonces público— de los recursos naturales como el agua, los bosques (y su biodiversidad) o el petróleo, los cambios en la legislación nacional e internacional en materia de derechos de propiedad sobre los conocimientos tecnológicos, las marcas de fábrica, los derechos de autor, las denominaciones de origen, etcétera, —reunidos bajo el gran denominador de los acuerdos sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio— forman parte del conjunto de nuevas reglas y disciplinas que van tomando cuerpo en apoyo al proceso de globalización neoliberal de la economía mundial. Todos ellos contribuyen a lo que se ha dado en denominar la “nivelación del campo de juego”, que se expresa como un intento por reducir el “alto grado de incertidumbre y riesgo” que rodean al movimiento internacional de bienes y servicios, de capitales y tecnología, asegurando a sus propietarios los mismos patrones —homogéneos en el tratamiento— de “sus pretendidos derechos” en los distintos escenarios nacionales.

Dado que dicha “nivelación del campo de juego”, está ocurriendo entre países que son muy disímiles entre sí en lo que atañe al grado de maduración de su desarrollo económico y social, en general, y de su capacidad tecnológica interna, en específico, el tema suscita interrogantes muy complejas relacionadas con el *catching up* tecnológico de los países periféricos desde el mundo desarrollado y con el papel que la inversión extranjera directa, de un lado, y el desarrollo de capacidad tecnológica e innovativa propia, de otro, estarían llamadas a cumplir en interés de vitales políticas de desarrollo en los países subdesarrollados.

La propiedad intelectual: capítulo llamado a eternizar la inequidad en los tratados de libre comercio entre los Estados Unidos y los países de América Latina y el Caribe

Al analizar los tratados de libre comercio bilaterales y multilaterales y de entre ellos en primer lugar, el proyecto del Área de Libre Comercio para las Américas

(ALCA), entre los “asimétricos” los Estados Unidos, de un lado, y los países de América Latina y el Caribe, del otro, sale a relucir la ausencia de cualquier referencia a los supuestos esfuerzos mancomunados en pos del desarrollo y de la “en consecuencia esperada” disminución de las disparidades económicas y sociales entre dichos países y sí, por lo contrario, la presencia en cada uno de estos tratados de un capítulo dedicado a la protección de los derechos de propiedad intelectual, para, evidentemente, eternizar y profundizar aún más la inequidad históricamente existente entre la primera potencia económica y científico-tecnológica mundial y los países de Nuestra América.¹

Así, las inequidades específicas de este frente pudieran ilustrarse con los siguientes datos de partida:

En relación con la resultatividad tecnológica en América Latina y el Caribe y los Estados Unidos, expresada en términos de patentes (véase en el anexo 1 los datos comparativos), el decenio de los años 90 demuestra un absoluto estancamiento, a un ínfimo nivel, de las solicitudes de patentes y de las patentes otorgadas realizadas por residentes locales en América Latina y el Caribe. Mientras, las solicitudes de los no residentes —ciudadanos y personas jurídicas esencialmente del primer mundo— crecieron en un 50 %. En total, en 1999, fueron solicitadas en los países de América Latina y el Caribe algo menos de 41 000 patentes, de las cuales menos de 9 500 correspondieron a solicitudes de residentes. A la vez, fueron otorgadas alrededor de 10 000, solo el 15 % de las cuales fueron concedidas a residentes. Este panorama contrasta fuertemente con las cifras de los países industrializados. Con el doble de la población que los Estados Unidos, estas cifras fueron en América Latina y el Caribe respectivamente 14 veces inferiores en las solicitudes de patentes de residentes y 55 veces inferiores en la cantidad de patentes concedidas a residentes.

El índice *tasa de dependencia* para América Latina y el Caribe en 1999 expresa que por cada patente solicitada por residente, se registraron 3,3 patentes solicitadas por no residentes. Esta situación fue en aumento a lo largo de la década, ya que en 1990 era de 2,2. A su vez, la *tasa de autosuficiencia*, un indicador complementario al anterior —compara el número de patentes solicitadas por residentes con el total de las solicitudes— varió entre 1990 y 1999 de 0,31 a 0,23, poniendo así en evidencia el amplio predominio de la propiedad intelectual foránea, en el mercado interno, por sobre la generación de innovaciones e inventos locales.

Otro indicador, el *coeficiente de invención* —número de patentes solicitadas por residentes en el país en relación con el número de habitantes— fue en promedio, para 1999, de dos patentes por cada 100 000 habitantes en la región. Este indicador se ha mantenido estancado a través de la década e indica que la brecha con los

¹ Un detallado análisis académico respecto al capítulo del ALCA, podrá ser consultado en G. Sánchez Daza, “Los derechos de propiedad intelectual en el ALCA”, *Aportes*, Revista de la Facultad de Economía-BUAP, año VIII, No. 24, Puebla, México, pp. 35-54.

países de mayor desarrollo es muy amplia para, por ejemplo, un nivel de 50 con los Estados Unidos y de 227 en Japón. En América Latina y el Caribe “se distinguen” Brasil con 4,5; Chile con 3,1; Uruguay con 2,6 y Argentina con 2,4 —países estos que superan la media regional.

Es de destacar que en los referidos capítulos de tratados de libre comercio se intenta establecer una regulación tal de la propiedad intelectual, que ofrezca mayor protección para los autores de productos originales que la hasta ahora prevista en las legislaciones nacionales latinoamericanas y en los acuerdos previos internacionales —como los acuerdos sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio— en franco desafío a las necesidades vitales de su población, dependiente del suministro a precios módicos de esos productos. En este sentido se les suele denominar “ADPIC PLUS”.

Este punto, entre otros, es particularmente sensible en la esfera de los productos farmacéuticos y agroquímicos, cuyos “autores originales” son por lo general las grandes CTN norteamericanas. Así, en el proyecto de Tratado de Libre Comercio entre Centro América y los Estados Unidos (CAFTA) —una “probeta de ensayo” para la implementación posterior del ALCA actualmente en negociación—, se lanzan al respecto las siguientes “reglas de juego” de extorsión máxima contra los intereses de los países centroamericanos y su población:

- Entre las medidas específicas para los productos farmacéuticos y los agroquímicos se establece un plazo mínimo de 5 años de exclusividad de los datos utilizados para registrar un producto farmacéutico y de 10 para un producto agroquímico. (Aquí debería recalcarse que el acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, establece la protección de datos no revelados de empresas farmacéuticas del uso comercial desleal, pero no establece un período de exclusividad de datos. Esta medida se ha dejado abierta a la interpretación de los países miembros y, hasta el momento, no se ha utilizado para restringir la producción de genéricos en muchos países).
- Esta regla limitaría la práctica, utilizada por los productores de genéricos, de usar la información generada por otra empresa, para fabricar y registrar una copia de una medicina registrada por la empresa original (por lo general, una corporación transnacional extranjera). Como es usual en los pequeños países subdesarrollados, la mayoría de los productores de genéricos dependen de este recurso por la falta de capital y de una base de investigación y desarrollo propia, para realizar las investigaciones y pruebas necesarias para convertir “las moléculas” en medicamentos listos para el mercado.
- El texto del CAFTA establece que un país miembro tendría que garantizar esta exclusividad de datos aunque el producto no esté

registrado en el país en cuestión, pero sí en cualquier otro. Para los productos patentados, esta exclusividad de datos estaría vigente a lo largo de la vida de la patente, la cual se establece en 20 años como mínimo.

- Otra medida novedosa de CAFTA es la compensación que ofrece por los retrasos en la aplicación para una patente o en el proceso de aprobación de un producto para el mercado. En cuanto a las patentes, un Estado miembro del CAFTA tendría que extender, o *restaurar*, una patente entre 3 y 5 años, si hubieran “retrasos excesivos” en el otorgamiento de la misma. Los acuerdos sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio no contemplan ninguna compensación para el poseedor de una patente por retrasos en la aprobación de esta.
- En cuanto a la resolución de controversias, CAFTA contempla un régimen parecido al del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), bajo el cual tribunales especiales de comercio pueden condenar a los Estados miembros por violaciones del acuerdo, y exigirles el pago de una multa a una empresa particular.

En el 2001, durante la ronda de la Organización Mundial del Comercio en Doha, los países miembros emitieron una declaración reconociendo el derecho de la población al acceso a medicamentos, y dando a las naciones la flexibilidad para asegurar este derecho dentro del ADPIC. Es evidente que las reglas draconianas propuestas por los negociadores de CAFTA, privilegian los intereses de los poseedores de las patentes por sobre los derechos humanos internacionalmente reconocidos. En ese sentido se ha destapado un diferendo entre los activistas y organizaciones centroamericanas que respaldan la salud pública, de un lado, y los representantes de los intereses de las corporaciones transnacionales y de empresas locales bajo su licencia, del otro, lo que ha dilatado la aprobación de ese capítulo de CAFTA.

Las organizaciones y activistas que trabajan en la prevención y tratamiento del VIH/SIDA están entre los críticos más fuertes en contra de CAFTA respecto a la propiedad intelectual. Ellos plantean que la salud, a través de los medicamentos no puede estar sujeta a las mismas reglas del comercio que otros productos reglamentados, como fonogramas y software. A pesar de un acuerdo logrado entre productores farmacéuticos y los países centroamericanos para bajar los precios de antirretrovirales, muchos de estos siguen siendo entre tres y cuatro veces más caros que sus copias genéricas. En los países centroamericanos, donde la mayoría de la población depende de la salud pública, las restricciones en la compra de medicamentos genéricos significarían una alta elevación de los gastos estatales para

la salud. De no producirse un aumento en el presupuesto de salud, se producirá un desabastecimiento mayor aún del ya existente, por la enorme falta de recursos.

Al otro lado del debate, los productores farmacéuticos internacionales y sus testaferros locales argumentan que las protecciones que ofrece CAFTA son necesarias para resguardar la invención en el desarrollo de los medicamentos y para estimular nuevas investigaciones. “No estamos en contra de los genéricos —dijo R. Lambour, director ejecutivo de la Federación Centroamericana de Laboratorios Farmacéuticos— pueden entrar en el mercado cuando se venzan los derechos de propiedad intelectual”.² (O sea, dentro de 20 años, al mínimo.) Los activistas, por su parte, plantean que esto pudiera ser demasiado tarde para muchos pacientes de esta enfermedad. Los datos disponibles afirman que existen alrededor de 300 000 personas VIH positivos en los países que están incluidos en el tratado con los Estados Unidos, de los cuales 65 000 requieren urgentemente de medicamentos antirretrovirales. Una posición que ofrecería “ganancias” para los empresarios centroamericanos, fue bloqueada del texto de CAFTA. Esta preveía la inclusión de protección para patentes de segundo uso, restricciones en el otorgamiento de licencias obligatorias y en las importaciones paralelas de medicamentos. Los dos últimos recursos permitirían a los estados pasar por encima de las leyes de propiedad intelectual en casos de emergencia nacional. A pesar de estos recursos y del reconocimiento del derecho de proteger al público, los críticos advierten que CAFTA haría muy difícil el uso de los mismos, en parte, porque los Estados se limitarían de aplicarlos por temor a una demanda en su contra por parte de alguna empresa internacional poderosa.

Tanto el capítulo de propiedad intelectual de CAFTA, como el proyectado para el ALCA enfrentan múltiples obstáculos y resistencias que podrían postergar o bloquear su implementación. En relación con el ALCA en el (ADPIC PLUS PLUS) después de un año de tratativas, hasta el presente, todos sus párrafos se mantienen encorchetados.

Situación semejante —de reticencia al abuso de la inequidad unilateral promovida por los Estados Unidos en relación, entre otros capítulos (por ejemplo, el de la agricultura), con la protección de la propiedad intelectual— se observa en las tratativas bilaterales sobre TLC llevadas a cabo recientemente con otros países latinoamericanos, como los del MERCOSUR y tres de los cinco países de la Comunidad Andina de Naciones —Colombia, Ecuador y Perú.

Ante la propuesta del primer grupo de llevar a cabo las tratativas unidos, en bloque (4+1), de un acuerdo que facilite el acceso mutuo al mercado y dejar para otros pactos la codificación del resto de los temas comerciales, los Estados Unidos rehusaron alegando que un tratado de ese tipo “es algo que no le interesa a los

² R. Lambour, “CAFTA, la propiedad intelectual y el acceso a medicamentos”. *Inforpress Centroamericana*, No. 1555, Miami, 16 de abril 2004. ISSN 0252-8754, pp.6-7.

Estados Unidos”, dado que “la economía de su nación depende cada vez menos de la industria y más de servicios basados en la información, por lo que el respeto a la propiedad intelectual, la transparencia y la protección legal de las inversiones son esenciales en cualquier negociación” destacando más adelante, “que su país no quiere crear reglas más estrictas sobre propiedad intelectual, sino sólo que se apliquen mejor las contempladas por la Organización Mundial del Comercio”.³

En relación con el otro grupo de tres países, sus gobiernos se desentienden de la unidad que debiera prevalecer entre los miembros de la Comunidad Andina, que aspira, según Allan Wagner, su Secretario General, una integración regional seguida de la consecuente unión con el MERCOSUR y, más adelante, integrando la Unión Suramericana.⁴ En este caso, se evidencia el chantaje ejercido sobre esos gobiernos por el de los Estados Unidos, en relación con la urgente entrada de estos, por separado, en TLC bilaterales antes del año 2006, ya que de lo contrario se expondrían al vencimiento, ese mismo año, de la Ley de Promoción Comercial o ATPDEA con la cual Washington desgrava las exportaciones de la región hacia los Estados Unidos, el mayor socio comercial de estas naciones, en recompensa por sus esfuerzos antidrogas. En Colombia los agricultores e industriales han expresado sus temores por los resultados de las negociaciones llevadas a cabo sin transparencia y las centrales obreras y partidos de izquierda realizaron una jornada nacional de protestas contra el TLC, con el objetivo de expresar su inconformidad con un tratado que va a hacer colapsar la economía colombiana, con la ruina del agro y la propia industria, según expresara el presidente de la Central General de Trabajadores, Julio Roberto Gómez.⁵

También ha salido a la publicidad —por el ministro de comercio de Colombia, Jorge Humberto Botero—, que, al igual que en otros países de América Latina, los temas de “la agricultura y la propiedad intelectual representan los mayores dolores de cabeza para los negociadores. Son los temas más contenciosos y en los cuales tenemos que trabajar más intensamente y ser imaginativos para encontrar soluciones que a todas las partes satisfagan”⁶ En ese sentido, existe preocupación por un posible aumento del precio de los medicamentos si en la negociación se aceptan demandas de los Estados Unidos para extender la protección de la propiedad intelectual que impida la fabricación de drogas genéricas.

El ALBA

En contraposición a lo anterior, los cambios acaecidos en los últimos tiempos en América Latina y el Caribe, indican la maduración de ideas y proyectos alternativos

³ Peter Allgeier, Cables, *EFE*, Washington, 7 de febrero de 2005.

⁴ A. Wagner, *Integración para el desarrollo y globalización*, en CD-ROM, “VII Encuentro Internacional de Economistas sobre Globalización y Problemas del Desarrollo”, AEALC, ANEC, Ciudad de La Habana, febrero de 2005.

⁵ Julio Roberto Gómez, Cables, *AP*, Bogotá, 7 de febrero de 2005.

⁶ Jorge Humberto Botero, “Entrevista”, *AP*, Bogotá, 7 de febrero de 2005.

a los enfoques neoliberales, que bien debieran llenarse de contenido, también en el frente de la propiedad intelectual. Un meritorio ejemplo de esos esfuerzos está presente en la Alternativa Bolivariana para las Américas (ALBA), recientemente propuesto por el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela.⁷ En tal sentido, en la “Declaración Conjunta” entre los gobiernos de Venezuela y Cuba (14 de diciembre de 2004), se plantea —entre múltiples principios y bases cardinales— de guiarse por la toma de “...medidas para que las normas de propiedad intelectual, al tiempo que protejan el patrimonio de los países latinoamericanos y caribeños frente a la voracidad de las empresas transnacionales, no se conviertan en un freno para la necesaria cooperación en todos los terrenos entre nuestros países...”⁸

Desafíos y proposiciones

Tras presionar por largos años y sin mayor éxito en el seno de Organización Mundial de Patentes e Invenciones por un mayor grado de acatamiento de los derechos de propiedad intelectual por parte de los países subdesarrollados, los países capitalistas industrializados decidieron, en los años 80, trasladar el tema al seno del GATT, negociando su inclusión en la Ronda Uruguay.

Dos temas cruciales para los países desarrollados eran: la obtención de títulos de alcance global, en particular, la llamada “patente mundial” y, la homologación, a escala internacional, en el tratamiento de los derechos de propiedad intelectual, tanto en su aspecto sustantivo como procesal. Los acuerdos sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, a través del sistema de resolución de conflictos y el establecimiento de normas sustantivas y procesales mínimas, crearían el marco institucional “adecuado” para lograr ambos objetivos, esto es, el establecimiento de títulos de alcance mundial y al mismo tiempo, el avance hacia la armonización jurídica entre países, implantando un nivel mínimo de protección. En otros términos, los países industrializados lograron por esta vía consolidar “sus” derechos sustantivos, ampliar la materia a proteger y establecer una batería de recursos procesales para la observación de dichos derechos.

Dicho de otra forma, con los acuerdos sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, los países desarrollados y las corporaciones transnacionales logran dar un gran paso en dirección a consolidar la protección y defensa de “sus” conocimientos y tecnología.

¿Qué acaecería en relación con los países subdesarrollados en este escenario? Para estos los beneficios del tratado serían relativamente teóricos o potenciales en tanto no poseen —aparentemente, al menos— un gran flujo de “activos tecnológicos” (en el sentido moderno del concepto, de una generación de la invención basada en

⁷ “Alternativa Bolivariana para América Latina y el Caribe. Principios rectores del ALBA”, Comisión Presidencial para el ALCA, Caracas, 2004, p. 55.

⁸ “Declaración Conjunta”, punto 11, *Granma*, 15 de diciembre de 2004, p.5.

complejos procesos de investigación y desarrollo) que proteger y además no han logrado hasta el presente valorizar su creatividad científico-tecnológica e innovativa, su patrimonio intelectual y tradicional, su biomasa (biodiversidad), su riqueza y especificidad cultural, como para poder beneficiarse adecuadamente del nuevo orden jurídico internacional.

El manejo de la propiedad intelectual es un tema complejo y costoso. Requiere de competencias legales, técnicas y administrativas que —por lo general— no están sistémicamente disponibles (y suficientemente edificadas, tanto en lo cuantitativo, como en lo cualitativo) en el mundo subdesarrollado, por lo que resultaría difícil pensar que en las presentes circunstancias, de liberalización de las relaciones económicas internacionales y de constreñimiento de las funciones del estado, estos países tendrían una posibilidad adecuada de aprovechar los beneficios potenciales de su adhesión a ADPIC, tanto a nivel nacional como, en el extranjero. Si se lograra algún acceso a registro en el extranjero, en particular en los países industrializados, el alto costo de hacer efectiva su protección a través de la defensa y vigilancia de estos derechos en el exterior es algo a lo que, definitivamente, no tienen acceso la mayor parte de los países subdesarrollados y —mucho menos aún— las empresas y demás instituciones generadoras de innovaciones científico-tecnológicas bajo su jurisdicción.

En otros términos, si bien el marco legal de los acuerdos sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio abren la posibilidad de que los titulares de derechos sobre patrimonios intelectuales, riqueza genética o cultural, etcétera lleguen eventualmente a beneficiarse de aquellos, hacerlo no resulta tarea sencilla si no se ha llegado al estadio de poder valorizar lo que se posee y de desarrollar capacidad propia para defenderlo en el terreno legal propio e internacional.

Frente a este escenario, y así como los países industrializados tenían claras sus pretensiones en la época de la negociación del acuerdo (y también las tienen en la actualidad en relación con lo que les preocupa, de cara al siglo XXI —por ejemplo, la protección de patentes para los programas computacionales, el control de la biodiversidad y el patrimonio genético, la estructura y propiedades de la materia a los *nanoniveles*, así como los principios y métodos para su investigación al igual que el establecimiento de los correspondientes procedimientos de normas, metrología, estándares etcétera)—, los países subdesarrollados deberían también imponerse objetivos claros en esta materia y diseñar una estrategia para alcanzarlos y liberarse de su asfixiante yugo opresor. Hasta aquí algunos países (particularmente los de América Latina y el Caribe) simplemente se han involucrado en el tratado ADPIC con la expectativa de “construir reputación” y, por esta vía, lograr un fácil acceso a la inversión extranjera directa y a los mercados del mundo desarrollado. Pero, en términos generales, no han sido capaces o han

declinado buscar en los ADPIC beneficios derivados de su especificidad tecnológica, biogenética o cultural. De conformar políticas adecuadas al respecto, sería mucho lo que se pudiera lograr en esta dirección.

De inmediato, es fundamental y prioritario, en materia de derechos sustantivos, que los países subdesarrollados valoren y tomen conciencia de la importancia del patrimonio intelectual de que disponen, así como de posibles caminos para su conservación y protección. Según expertos de la CEPAL⁹ se debería comenzar por efectuar un “inventario” en este sentido, incluyendo el patrimonio intelectual, biológico-genético, cultural, etcétera, con que se cuenta, para evaluar luego su “valor económico” (aunque no solo) y posibles caminos para captar adecuadamente sus beneficios en los escenarios internacionales. Actividades de investigación y desarrollo en los marcos docentes y académicos, innovación espontánea en la empresa, denominaciones de origen, creaciones artesanales y folklóricas, medicinas de pueblos aborígenes, música autóctona, archivos audiovisuales, biodiversidad, etcétera, son todos activos que forman parte de un “patrimonio” que merece ser apreciado y defendido. Si no se conoce lo que se tiene es imposible protegerlo y aprovecharlo. Es esencial que los países latinoamericanos y caribeños estén informados acerca de este potencial, muchas veces más conocido por empresas del mundo desarrollado que por ellos mismos. Por esta razón, las políticas públicas en estos países deberían comenzar por construir el “inventario” intelectual, biogenético, cultural, etcétera de que disponen para poder luego estudiar como beneficiarse del mismo.

Otro de los desafíos que deberían plantearse en un futuro sería el de combinar las normas contenidas en los ADPIC (durante una revisión) con otros cuerpos legales —por ejemplo, el Convenio de Biodiversidad— de forma tal que se pudiera extender la materia a ser protegida, buscando abarcar e imbricar adecuadamente su especificidad cultural, geográfica y genética e integrarla a la creación de riqueza en pos de programas de desarrollo sostenible.

Es por esta razón que se hace forzoso reabrir el debate en la escena internacional con el fin de dar a los ADPIC el sentido y alcance que se requiere para restablecer el equilibrio entre países desarrollados y subdesarrollados con visión de un futuro sostenible en justicia y equidad.

Tratar de establecer una jurisprudencia y doctrina “amplia” que reconozca los puntos de flexibilidad de la nueva normativa y las materias dejadas fuera de la negociación y que podrían resultar cruciales para la protección de los intereses de los países subdesarrollados, es fundamental a la hora de reabrir el debate en la búsqueda de un nuevo equilibrio y de una visión de un futuro sustentable y democráticamente participativo.

⁹ J. Abarza y J. Katz, “Los derechos de propiedad intelectual en el mundo de la OMC”, CEPAL, *Serie Desarrollo Productivo*, No. 118, , Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2002, p. 56.

En años recientes ha habido un cambio de enfoque en los debates internacionales sobre patentes de invención. Mientras que originalmente estas se discutían como un incentivo a la generación doméstica de tecnología, la atmósfera de globalización neoliberal las ha ido distorsionando en el sentido ilusorio de “cómo un buen clima de patentes” sería funcional para atraer inversión extranjera directa y para abrir mercados en los países del mundo desarrollado. Son de señalar desde esta perspectiva, la vinculación de las disciplinas de protección a la propiedad intelectual con aquellas otras relativas al comercio y la inversión extranjera. De otra parte —en relación con el tema de los medicamentos, genéricos y licencias obligatorias— las disciplinas inherentes a la protección intelectual deberían también relacionarse con las políticas de competencia, tal como han venido haciéndolo la India, Sudáfrica y Brasil en el caso del SIDA, o más recientemente aún, también Canadá y los Estados Unidos, en el de la droga para el ántrax, patentada por Bayer AG.

La legislación contenida en los acuerdos sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio está basada en una serie de “principios inspiradores” y en “precedentes” que deberían ser aprovechados por los países subdesarrollados para, en una primera aproximación, establecer sus derechos en la escena internacional.

En el plano de los principios del acuerdo merecería especial mención el reconocimiento que se hace de “...las necesidades especiales de los países miembros menos adelantados por lo que se refiere a la aplicación, a nivel nacional, de leyes y reglamentos con la máxima flexibilidad requerida para que esos países estén en condiciones de crear una base tecnológica sólida y viable...”.¹⁰ Este reconocimiento de la existencia de la desigualdad existente entre estados miembros “adelantados” y “no adelantados” debería ser siempre considerado por los países subdesarrollados y, en especial, los de América Latina y el Caribe, como la base que autoriza y hace necesario que el acuerdo sea aplicado con la máxima flexibilidad, como marco, límite o ampliación de las interpretaciones que se realicen de su contenido, para tomar en consideración y hacer respetar la desigualdad de condiciones en la aplicación de este y otros tratados regionales derivados.

Igualmente, en los objetivos del acuerdo se recogen disposiciones que se pueden utilizar por los países subdesarrollados para lograr un nuevo equilibrio ante la desigualdad frente a los países desarrollados en este orden de cosas (artículos 7 y 8):

“...la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deben contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y

¹⁰ *Ibíd.*, p. 18.

difusión de tecnología (...) de modo que favorezcan al bienestar social y económico, y el equilibrio de derechos y obligaciones. (...) podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico (...). Podrá ser necesario aplicar medidas apropiadas, para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología”.¹¹

Evidentemente, las definiciones declarativas de orden general contenidas en este capítulo responden más al clamor de los países subdesarrollados que, como lo demuestra la práctica, a la sincera posición de los países desarrollados.

La figura de la licencia obligatoria claramente constituye un aspecto en el que se debe buscar mayor flexibilización como lo indica el reciente debate internacional en torno a las drogas o medicamentos del SIDA. Si bien contempladas en los acuerdos sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio de forma restrictiva, si se considera el espíritu y los principios sobre los que está fundamentado este acuerdo, se podría argumentar que este mecanismo se aplicaría de manera más amplia y liberal que lo que en la actualidad se está haciendo.

Es significativo en este sentido lo declarado en el Informe del Taller sobre fijación diferenciada de precios y financiamiento de medicamentos esenciales, que recientemente sesionara en Noruega bajo el auspicio de la OMC y de OMS, donde en relación con los derechos de propiedad intelectual se afirmaba que “muchos hicieron hincapié en el derecho de los países en desarrollo a utilizar las licencias obligatorias y las importaciones paralelas, a objeto de dar respuesta a problemas del campo de la salud; se observó que seguía habiendo poca experiencia en el uso de estos mecanismos de salvaguardia y también se expresó preocupación ante la presión externa ejercida sobre algunos países con miras a limitar el uso de estos mecanismos”.¹² Sin dudas se trata de un avance conceptual, al reconocer que no se había hecho suficiente uso de la figura de las licencias obligatorias y que de hecho existen presiones para limitar la difusión de la misma.

El mecanismo de licencias obligatorias en el campo de los medicamentos y alimentos esenciales establece una doctrina y jurisprudencia de excepción dentro del marco legal de ADPIC. Se debería buscar extender dicho principio a futuras situaciones donde existan circunstancias análogas en todos los campos del desarrollo. Los gobiernos deberían preservar el derecho de otorgar licencias obligatorias a favor de empresas nacionales para que fabriquen versiones genéricas

¹¹ Ibid., p. 21.

¹² Ibid., p. 46.

de medicamentos, alimentos, agroquímicos etcétera, que rompan con el monopolio de las corporaciones trasnacionales en beneficio de sus superganancias y preserven el acceso de las amplias capas de la población a recursos vitales para su salud y desarrollo laboral, material y espiritual.

En este sentido es interesante observar la reacción de la administración de los Estados Unidos ante el riesgo de expansión de ántrax en su territorio, la que ha planteado a Bayer AG —dueña de la patente sobre cipro, el antibiótico aplicable al tratamiento de esta enfermedad— la necesidad que se otorgue una licencia obligatoria que permita producir localmente el “genérico” de dicho producto.¹³ Por su parte, el gobierno de Canadá ordenó también una extensa partida del genérico de Cipro a una firma local, Apotex, afirmando su viceprimer ministro que el acta de patente se pudiera sobrepasar en una situación de “extrema emergencia”.¹⁴

Otro ejemplo, en materia de excepciones posibles, sobre la base del artículo 30 de los ADPIC, es aquel en virtud del cual sería posible utilizar un producto patentado para realizar experimentos científicos, durante el período de vigencia de la patente, aun sin que medie consentimiento del titular. Se fundaría esta propuesta en que el objetivo de la legislación en materia de patentes consiste también en facilitar la difusión y el progreso de los conocimientos científicos y no solamente proteger al titular de la invención.

El estudio de las materias en las que los acuerdos sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio no han legislado resulta esencial para saber cuál es el grado de libertad y flexibilidad que se podría alcanzar a futuro por medio de nuevas negociaciones. Un ejemplo en este sentido es el tema del agotamiento del derecho. Los procesos de aprendizaje tecnológico originados en la ingeniería inversa abren posibles caminos para fomentar el desarrollo de las capacidades tecnológicas del mundo subdesarrollado. Se debería estudiar hasta qué punto resultaría argumentable la figura del agotamiento del derecho en aquellos casos en los que los procesos domésticos de aprendizaje y de desarrollo de capacidades tecnológicas locales se vean bloqueados por la presencia de patentes extranjeras.

En definitiva, es cierto que los ADPIC se negociaron casi sin participación de los países de menor desarrollo —los latinoamericanos entre ellos— y que estos se adhirieron a él tanto por presiones externas, a las que cedieron ya sea por desinformación como también buscando “construir reputación” para atraer inversión privada directa o acceso a los mercados del mundo desarrollado. Pese a ello, hoy parece necesario que estos países traten de reabrir la negociación internacional desde el interior del acuerdo, buscando reacertar los beneficios potenciales que puedan derivar del mismo. Al hacerlo sería importante se ligue el

¹³ *El Mercurio*, Sección B, 18 de octubre de 2001. Citado en J. Abarza y J. Katz, Ob. cit., p. 46.

¹⁴ *El Diario*, Santiago de Chile, 22 de octubre de 2001, p. 10. Citado en J. Abarza y J. Katz, Ob. cit., p. 46.

tema de la propiedad intelectual a las políticas de competencia, de una parte, y a las de competitividad internacional, de otra, reconociendo que mientras esté vigente la globalización por vías neoliberales, los tres aspectos corren en paralelo. A la vez, deberían estudiarse modelos alternativos de desarrollo, no basados en la “ética de la competitividad” del mercado y la consecuente exclusión de las mayorías de sus beneficios, sino en la de los productores cooperados en pos de la solidaridad para el desarrollo humano sostenible e incluyente.

En la reapertura del debate los países subdesarrollados deberían tratar de conseguir que el mundo industrializado reconozca y admita la desigualdad básica existente en los costos y beneficios de los ADPIC para naciones que funcionan con un considerable rezago tecnológico en la escena internacional, y con legislaciones *antitrust* particularmente débiles en sus respectivos escenarios domésticos.

Parece razonable que la humanidad cuente con una legislación de propiedad intelectual capaz de proteger las obras del intelecto humano, con el fin que los creadores obtengan una justa retribución por aquel y que haya incentivos suficientes para que la sociedad como un todo gaste lo socialmente óptimo en desarrollar la actividad inventiva.

La propiedad intelectual utilizada, sin embargo, como “arma estratégica para bloquear el desarrollo de terceros” no puede constituir el marco legal por el cual la humanidad transite a lo largo del siglo XXI. Declarativamente, los acuerdos sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio se basan en principios solidarios que podrían ayudar en la búsqueda de los objetivos declarados y en particular, respetar un reconocimiento previo de las Partes como son “las necesidades especiales de los países menos adelantados por lo que se refiere a la aplicación, a nivel nacional, de las leyes y reglamentos con la máxima flexibilidad requerida para que estos países estén en condiciones de crear una base tecnológica sólida y viable”.

Sería pues imprescindible, unidos, intentar reabrir el debate respecto del marco legal establecido en los ADPIC. Ello, para llegar a una jurisprudencia éticamente renovada que permita restablecer la equidad y la confianza entre las partes, como objetivo imprescindible en cualquier tratado de esta naturaleza (ADPIC + ética + equidad). Para facilitar el desarrollo tecnológico del mundo no desarrollado con tal de formar doctrina y jurisprudencia en beneficio del desarrollo sostenible de los países subdesarrollados y el cierre de las brechas actualmente existentes con los países industrializados.

ANEXO 1

Registro de Patentes Indicadores comparativos de América Latina y el Caribe y los Estados Unidos

INDICADOR		1990	1999
Solicitudes de Patentes América Latina y el Caribe	Residentes	9 321	9 499
	Total	29 659	40 995
Estados Unidos	Residentes	90 643	135 483
	Total	164 558	(1998) 270 187
Patentes Otorgadas América Latina y el Caribe	Residentes	1 207	1 485
	Total	8 190	10 069
Estados Unidos	Residentes	47 390	83 911
	Total	90 364	153 493
Tasa de Dependencia			
América Latina y el Caribe		2,2	3,3
Estados Unidos		0,8	0,8
Tasa de Autosuficiencia			
América Latina y el Caribe		0,31	0,23
Estados Unidos		0,55	0,56
Coeficiente de Invención (Patentes solicitadas por residentes cada 100 000 habitantes)			
América Latina y el Caribe		2,3	2,0
Estados Unidos		36,3	50,1

Fuente: RICYT “El estado de la ciencia. Principales indicadores de ciencia y tecnología Iberoamericanos/Interamericanos”, Buenos Aires, 2000 en www.ricyt.edu.ar.