

1. CÓDIGO DE LA COMUNICACIÓN: 353

2. TÍTULO COMPLETO:

**Los Derechos de Propiedad Intelectual en los
Tratados de Libre Comercio: Consecuencias para
los Países en Desarrollo**

3. EJE TEMÁTICO: 11.4 Aspectos ambientales, sociales y culturales de la innovación tecnológica.

4. AUTORES:

López Gómez María del Socorro

Universidad de Antioquia Grupo GESTOR
socolopezg@gmail.com
Colombia

Gómez Uranga Mikel

Universidad del País Vasco/ Euskal Herriko Unibersitatea
miguel.gomez@ehu.es
España

Araujo de la Mata Andrés

Universidad del País Vasco/ Euskal Herriko Unibersitatea
andres.araujo@ehu.es
España

5. RESUMEN

El acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el Comercio, ADPIC, se describe como uno de los tres pilares de la Organización Mundial del Comercio. Este artículo examina la distancia aparente entre dos importantes instrumentos internacionales: los ADPIC y la Convención de Diversidad Biológica (CBD). Aquí se argumenta que en materia de Propiedad Intelectual, específicamente los llamados “ADPIC Plus” en los actuales tratados bilaterales tienen consecuencias negativas para los países en desarrollo en asuntos estratégicos como la salud, la biodiversidad y el conocimiento tradicional.

Palabras claves: OMC, ADPIC, ADPIC Plus, CBD, patentes, Tratados Bilaterales de Libre Comercio, TLC.

6. TRABAJO COMPLETO

1. Introducción

En el marco de la denominada economía del conocimiento en la que hoy nos encontramos, la propiedad intelectual es la base jurídica sobre la que descansa la evolución de muchos de los sectores económicos que presentan un mayor valor añadido en el comercio internacional. Momentos como la investigación, la creación, la invención, y la innovación, deben ser estimulados y recompensados a través de la extensión de las leyes de protección intelectual por los distintos países del mundo. Es por ello por lo que se estableció el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC). En ese acuerdo se establecieron los niveles mínimos de protección que cada gobierno ha de otorgar a la propiedad intelectual de los demás miembros de la OMC. La creación de la OMC y la firma de los ADPIC en 1994, forman parte de la instauración de un nuevo paradigma en las relaciones internacionales.

Pese a que el debate académico sobre el uso (privatización) del conocimiento parece saturado, después de una revisión representativa de la literatura al respecto (Nelson, 2004; Nelson y Winter, 1982; Cohen, Nelson, y Walsh, 2002; Callon, 1994; Tijssen, 2003; Wettelius y Wijkander, 2002, Sánchez Padrón, 2003, Granstrand, 1999; Arundel, 2004; Stokes 1996, Polanyi, 1962; Rosenberg, 1982; Drahos, 1996, 2003, 2004; Drahos y Mayne R (ed), 2002; entre otros), consideramos que la discusión está vigente y que las conveniencias de protección (o apertura) de los sistemas y leyes de Derechos de Propiedad Intelectual (DPI) dependen del contexto económico de cada país. Pero irreversiblemente, el proceso de homogenización liderado por los países desarrollados avanza a través de convenios y tratados¹ en condiciones asimétricas de negociación.

Actualmente la OMC y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) promueven en los países en desarrollo el ajuste de sus legislaciones y sistemas operativos en temas de propiedad intelectual de conformidad con los ADPICs. Costa Rica, Panamá, Salvador, Colombia, Perú, Ecuador y otros con baja capacidad de negociación, firman contratos de adhesión que restringen su soberanía flexibilizando los regímenes de acceso a material biológico y protección del conocimiento tradicional, arriesgando un recurso estratégico de desarrollo: la biodiversidad². Así mismo al endurecer las leyes de DPI hacen extensivas las patentes a productos y procedimientos³ que pueden ser excluidos. Por último, les exigen levantar las salvaguardas para medicamentos,

¹ Convenio de París, Convenio de Berna, ADPIC, Tratado de Cooperación en materia de Patentes, TLCs.

² Según la OMC el intercambio global de productos naturales en 2005 fue de 65 millones USD con demanda en aumento. Brasil y Colombia son los primeros en biodiversidad (http://www.pymesetb.com/detalle_noticia.asp?id_not=3241), sin embargo están expuestos a la biopiratería: este material es explorado, extraído y analizado en los laboratorios de multinacionales farmacéuticas quienes patentan genes y sustancias activas de este o los usos derivados del conocimiento tradicional de las comunidades.

³ a) Plantas y animales, y b) procedimientos diagnósticos, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de humanos y animales.

establecidas en la declaración de Doha y en la OMC dada su vulnerabilidad en cuanto a salud pública. De esta manera el discurso sobre los DPI, se da inserto en la concepción del desarrollo y deja de ser un asunto técnico económico, para centrarse en el debate político y ético por sus consecuencias irreversibles en la profundización del abismo entre países ricos y pobres.

Los ADPIC suponen por primera vez en la historia, la regulación de la propiedad intelectual explícita y específicamente para la comercialización. Este cambio cualitativo y radical, internacionaliza los intereses de los países de la OCDE referidos a la alta protección a las multinacionales cuya producción está centrada en las nuevas disciplinas científico-tecnológicas (biotecnología, nanotecnología, informática y telemática), mediante el fortalecimiento y homogenización de los DPI. Pese a la pérdida de autonomía en la legislación de la propiedad intelectual impuesta por los ADPIC, hay que reconocer que el Acuerdo y la Declaración Ministerial Doha, dejaron alternativas que sólo pudieron aprovechar algunos países⁴ en desarrollo que tenían una capacidad mínima de absorción tecnológica e industrias en un aceptable nivel de competitividad, así como unas claras estrategias de desarrollo respaldadas por una posición política férrea de sus gobernantes (López, S. y otros, 2006).

2. Una interpretación de los ADPIC

La liberalización de los mercados internacionales tiene en los ADPIC uno de los pilares sobre los que descansa parte del entramado de la OMC. La extensión de los mercados solicita identificar los derechos de propiedad intelectual otorgados ya previamente a los oligopolios cuyas matrices se sitúan en el hemisferio norte -principalmente en Estados Unidos (Drahos, 2004). La normativa de la propiedad intelectual coadyuva a definir los términos en los que se establece la competencia. Las normas de la propiedad intelectual señalan quiénes son los agentes que pueden acceder a la información codificada que se encuentra inserta en los títulos de la propiedad correspondiente. Los sistemas de normas se constituyen como fundamentos de derecho. Tales títulos son el origen de la interpretación de cómo los diversos agentes deben comportarse en lo que se refiere a la propiedad intelectual; pero en ese lugar no acaba la determinación de la conducta de los participantes (patentadores, autores, licenciadores, compradores de licencias usuarios, etc.). En el tiempo las normas podrán ser reinterpretadas por los tribunales de justicia, la jurisprudencia nacional e internacional es un factor que actúa como un agente polivalente que ejercería funciones tan diversas como la de subastador walrasiano, la de agente de tráfico, y la de árbitro de los posibles conflictos suscitados. “Los ADPIC globalizan los criterios y las normas de la propiedad intelectual” (Drahos, 2005b: 147). Los mercados globales buscan normas globales.

El desarrollo de los mercados propiciado por los ADPIC debería generar un “mayor bienestar” para los países que adoptan normas legales ceñidas a resoluciones de la OMC para la propiedad intelectual. Sin embargo, la ausencia de un entramado homologable de leyes de patentes en un país opera como

⁴ India y Brasil con nefastas consecuencias al enterrar acuerdos de integración regional y tratados multilaterales.

una barrera no tarifaria para el comercio, impidiendo el flujo de importaciones de mayor contenido tecnológico hacia ese país, lo que genera rezagos en el desarrollo. Por otra parte, las teorías sobre el progreso de las tecnologías desde mediados del siglo XX parten del reconocimiento de que la difusión de las innovaciones descansa en procesos de imitación, la cual puede ser más creativa según los post-schumpeterianos, o más automática como en el modelo Standard de Mansfield (1961)⁵ y es el único camino en ciertos estadios de desarrollo. La transición de Japón hacia la actual potencia tecnológica, se basó en su capacidad de imitación (Bernstein J. I. y Mohn, 1998), y su política que utilizaba estratégicamente las licencias negociadas con empresas occidentales y un reforzamiento de las estructuras industriales y educativas propias⁶.

En contraste la aplicación de los ADPIC no favorece la imitación. Industrias de contenidos fácilmente copiables como la farmacia y el software los han impulsado para impedir la imitación en las industrias locales (Maskus, 2002). La exigencia de ampliar la vigencia de las patentes impide a las economías en desarrollo generar tecnologías propias, aumentando la dependencia con las economías más ricas, propiciando una transferencia de rentas de las primeras a las segundas (Panagariya, 1999; Maskus, 2002). En cuanto a la producción de genéricos, restringen el acceso a la industria de manera emancipada. De hecho “los ADPIC socavan los genéricos” (Drahos y otros, 2004: 243), además de encarecerlos (Panagariya, 1999).

La gestión de DPI puede propiciar el desarrollo de la innovación y el crecimiento siempre que los países tengan capacidad de utilizar los recursos con autonomía. En ese sentido la imposición “universal” de los ADPIC no es buen camino para lograr mejores condiciones para los países en desarrollo, pues éstos imponen un conjunto de requisitos para definir licencias de manera que: a) Se consideren los méritos individuales; b) sean otorgadas únicamente si han sido requeridas en condiciones normales; c) no son asignables a otros distintos que el contratante; d) se deben entender destinadas a la provisión doméstica y no a la importación, e) el contrato debe finalizar si cambian las condiciones; f) debe estar sujeto a una remuneración adecuada; g) debe estar sujeto a revisión judicial (WTO, 1994 y Grubb, 1999).

Ese compendio de normas y recomendaciones para las licencias, únicamente reconoce indirectamente la existencia de costos de transacción (Williamson, North, Coase), pero ilumina poco sobre qué hacer para tratar con justicia las transacciones y minimizar los costos. Están aún lejos de reconocer las asimetrías y formas de presión de los más poderosos.

Como se observa, la creación de mercados sobre la base de DPI se vincula a un sinnúmero *trade-offs* donde se contraponen intereses. Existen apoyos morales y legales a través de los cuales podrían formularse estrategias negociadoras por parte de los países en desarrollo. Una vía legal es la que

⁵ El evolucionista Mansfield (1961) propuso el primer modelo económico de análisis de los procesos de difusión tecnológica. Se basa en parte en la forma de propagación de virus (modelo epidémico). Aquí la difusión es resultado de la velocidad de transmisión de la información (comunicación de un usuario a otro no usuario de la existencia de la nueva tecnología) (Mansfield, 1961; Griliches, 1957). Por tanto la difusión de nuevas tecnologías económicamente superiores, es un proceso gradual. Generalmente, el número de usuarios que adoptan una tecnología puede representarse por una función logística respecto al tiempo.

⁶ Otros impactos destacados son Brasil, Argentina e India (Maskus, 2002: 57).

obliga a los países industriales a proporcionarles cooperación técnica y financiera. No se trata exclusivamente de reformar las leyes de propiedad intelectual para extender el ámbito del negocio de las patentadoras; sino de ayudar a esos países a mejorar sus competencias científico-técnicas, a construir instituciones que permitan gestionar y monitorear los acuerdos sobre propiedad intelectual y capturar por parte de los países en desarrollo, los beneficios económicos y sociales derivados de una evolución en la economía y en la sociedad del conocimiento (Braga y otros, 2000).

3. Implicaciones de los tratados bilaterales en la salud pública y en la biodiversidad en los países en desarrollo

Muchos análisis coinciden en los efectos nefastos de los Tratados de Libre Comercio (TLCs) en materia de DPI para los países en desarrollo en relación a la salud pública, la biodiversidad, el conocimiento tradicional y el acceso a nuevas tecnologías. Centraremos aquí nuestra presentación en el endurecimiento de medidas que afectan los dos primeros y sólo nombraremos algunas sobre los otros para iniciar el debate.

Estados Unidos en los TLCs pretende primero, homologar las legislaciones para ampliar el campo y vigencia de la patente, y segundo, extender el ámbito de patentabilidad (Levis, 2005) presionando a los otros a renunciar a medidas que le permitan una relativa – y ya disminuida por los ADPIC – autonomía en la gestión de los DPI. Así, los países en desarrollo son presionados a romper acuerdos regionales como el de la Comunidad Andina de Naciones, CAN, que con su Acuerdo de Cartagena⁷ y su Decisión 486; establecía limitaciones a la patentación de los descubrimientos y el todo o parte de seres vivos en su estado natural. Además el Artículo 20 de la misma Decisión, excluye de esta posibilidad las siguientes invenciones: a) las contrarias al orden público, a la moral, o a las buenas costumbres; b) aquellas cuya explotación comercial deba impedirse necesariamente para proteger la salud o la vida de las personas, animales, vegetales y en general el medio ambiente; c) los animales y plantas y los procedimientos esencialmente biológicos para su obtención y d) los métodos terapéuticos o quirúrgicos para el tratamiento humano o animal, así como los métodos de diagnóstico aplicados a éstos.

Sin embargo, se reconoce que el problema no sólo está en la reglamentación como tal, sino también, en la capacidad para controlar la Biopiratería (Rosell, 2005), pues el uso de los recursos genéticos por las multinacionales se realiza de una manera ilícita para terminar siendo patentados con toda la cobertura de protección internacional.

En las negociaciones de los TLC de Estados Unidos con los países andinos, se les está obligando a éstos últimos, a renunciar a las excepciones de los literales C y D de éste artículo del Acuerdo de Cartagena, de manera explícita y de una forma más soslayada, al literal B. La patentación de organismos vivos, plantas y animales, es crucial en los ingresos que generan para las industrias biotecnológicas y de recursos genéticos, cuyas fuentes en los países de alta

⁷ Acuerdo de Cartagena son normas de aplicación directa en los países miembros a partir su publicación en la gaceta oficial; por ello, en materia de propiedad industrial, la decisión 486 hace parte del ordenamiento jurídico interno de dichos países (López, S. y otros 2006)

biodiversidad tales como Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela y Brasil, quienes comparten la Amazonía y tienen otras condiciones propias que generan entornos únicos, son de carácter estratégico. Adicionalmente Estados Unidos a través de sus Organizaciones no Gubernamentales (ONGs), está promoviendo la Amazonía y sus ecosistemas como un bien común para la humanidad (Brack, 2007) – La principal riqueza de éstos países – pero a cambio las patentes que surgen de este banco genético crean una propiedad privada monopólica sobre el uso del mismo recurso. Otro aspecto importante es que los países en los TLCs renuncian a caducar patentes por razones distintas a las que contemplan los tratados, aunque aquello esté justificado por el Convenio de Paris, que permite hacerlo cuando la licencia obligatoria no es suficiente para resolver sus causas y por el no pago de las tasas a que están obligados los dueños (Levis, 2005). La Tabla 1 presenta los logros progresivos de Estados Unidos, que representan a su vez las pérdidas para la contraparte, respecto a los ADPIC Plus que afectan principalmente la salud pública, la biodiversidad y consecuentemente la seguridad alimentaria de los países menos desarrollados, tal como lo analizaremos.

Tabla 1: Los TLCs y los ADPIC plus

Pretensiones		Fecha aproximada						
		Dec-01	Dec-02	May-03	Jan-04	Feb-04	Mar-04	Nov-06
Adpic plus	EE UU	Jordania	Chile	Singapur	CAFTA	Australia	Marruecos	Colombia
1. Restricción del uso DCI	+	-	-	+	+	+	+	
2. Segundos usos:2	+	+	-	-	-	-	+	-
3. Restricciones a licencias obligatorias	+	+	-	+	-	+	+	-
4 Prohibición de importación paralela	+	-	-	-	-	+	+	-
5. Protección de datos de prueba	+	+	+	+	+	+	+	+
6. La excepción bolar	+	+	+	+	+	+	+	-
7. Ampliación del plazo por trámite	+	+	+	+	+	+	+	+
8. Extensión del plazo por registro	+	+	+	+	+	+	+	+
9. Métodos terapéuticos, de diagnóstico y quirúrgicos	+				-			-
10. Conocimiento tradicional	+							+
11. Plantas y animales	+				+			+

FUENTE: Elaboración propia con base en los textos de TLC de Jordania, Chile, Singapur, CAFTA, Australia, Marruecos y Colombia; Guía Comparativa del Tratado de Libre Comercio Entre Chile y Estados Unidos y el Tratado de Libre Comercio Entre República Dominicana – Centroamérica y Estados Unidos.

Las pretensiones de Estados Unidos esquematizadas en la Tabla 1 son:

1) Restricción del uso DCI⁸: Consiste en derogar la norma que obliga formular con nombre genérico internacional en la fórmula médica (Díaz, 2006) y en su lugar usar el de la marca comercial que pertenece al producto patentado, lo que tiene efectos sobre los costos: Se estima que en España el precio de éste

⁸ Denominación Común Internacional.

frente al de marca es entre un 10 y un 25%⁹ menor. Mientras que para América Latina el costo del producto de marca es entre 23.6% y 1.363% más alto que el del genérico.¹⁰

2) Segundos usos: Reconocer una patente sobre un segundo uso¹¹ cambia el principio de patentar sobre el nivel invento por el de patentar un descubrimiento. Ejemplos de esto son: el ácido acetilsalicílico que se lanzó al mercado como analgésico pero en su aplicación se encontró que también era un anticoagulante, y el más reciente es el del Viagra (marca) que se experimentó como un vasodilatador pero en los ensayos preclínicos se descubrió su efecto sobre la disfunción eréctil.

3) Restricciones a licencias obligatorias: Consiste en que el gobierno puede autorizar la producción y comercialización de un producto protegido por una patente, sin autorización del titular de los derechos. El uso de esta herramienta se realiza en casos de emergencia, aunque le exige al gobierno que haga un esfuerzo razonable para negociar una licencia voluntaria con el titular de la patente (Fink, 2005).

4) Prohibición de importación paralela: La importación paralela es una medida que permite agotar los recursos internacionales para proveer un producto (medicamento principalmente) cuando hay escasez o baja producción en el país que toma la medida o el país de origen. Prohibir la importación paralela significa maniar al país que firma el acuerdo, para tomar medidas en caso de abuso de monopolio por parte de la empresa productora del bien (medicamentos, productos agrícolas, etc), y no poder actuar en casos de emergencia sanitaria. Tanto en la declaración ministerial Doha 2001, como en los ADPIC se establece que por razones de salud pública, nutrición o seguridad nacional, los países podrán tomar medidas necesarias para su protección.

5) Protección de datos de prueba: Consiste en mantener en secreto los datos de prueba del proceso de investigación de un medicamento. EEUU busca esta protección por 5 años, negando así el acceso de esta información que fue el elemento sustancial de la creación de las patentes, al otorgar el monopolio por un tiempo determinado a cambio de que el titular de la patente, como contraprestación a la sociedad, suministre información (transferencia tecnológica) que permita el avance científico en el campo. Se desvirtúa en si misma la esencia de la patente en la contribución al desarrollo técnico.

6) La excepción bolar: consiste en autorizar, por parte del gobierno, la fabricación o utilización de un fármaco patentado, sin autorización del titular, con el único fin de realizar los estudios y ensayos clínicos necesarios y adicionalmente, obtener autorización sanitaria de comercialización de un medicamento genérico y sin que este acto no constituya una violación de la patente.

7) Ampliación del plazo por trámite de las patentes: Es la extensión del plazo de las patentes para compensar las demoras en la concesión de éstas por

⁹ Revista Consumer eroski septiembre del 2000. Disponible en: <http://revista.consumer.es/web/es/20000901/salud/>

¹⁰ Cortés, M. Propiedad intelectual y negociaciones comerciales: El comercio por encima de la vida http://www.deslinde.org.co/Dsl36/dsl36_propiedad_intelectual_y_negociacion.htm consultado enero 2007

¹¹ "osea toda actividad biológica que aparece en los ensayos clínicos o con el uso del medicamento" http://www.deslinde.org.co/Dsl37/dsl37_la_lucha_entre_las_patentes_y_la_salud.htm

parte de la oficina gubernamental del país, sin tener en cuenta criterios de prioridades políticas y económicas para la modernización de las instituciones del estado.

8) Extensión del plazo por registro: Como en el caso anterior, se hace para compensar demoras en el trámite del registro sanitario. Como no se clarifica lo que es tardanza injustificada se presentan litigios con el Estado, incluso por el no registro razonable de un fármaco con riesgos en la salud de la población.

9) Patentes sobre métodos terapéuticos, de diagnóstico y quirúrgicos: La decisión 486 del Acuerdo de Cartagena estableció explícitamente que éstos no son patentables por no tener aplicación industrial y porque se encuentran expresamente excluidos de la patentabilidad, o por cubrir un objetivo social. EEUU pretende obtener esta patentabilidad proponiendo que el criterio de aplicación industrial sea sustituido por el de utilidad y dado que esto lo ha logrado en la mayoría de los tratados, en el caso en el cual un país quiera mantener su norma de no patentar estos métodos clínicos, tiene que dejar expresa dicha norma en el tratado, son los casos del CAFTA y Colombia.

10) Patentes sobre el conocimiento tradicional: Siguiendo a Zerda (2003), ilustramos a grandes rasgos el concepto del conocimiento tradicional y el significado e implicaciones para las comunidades.

El conocimiento en términos generales es común y cuando no es compartido por todos los individuos en algún contexto particular, los que no lo poseen sí saben quién lo tiene y acuden a él cuando necesitan utilizarlo. Entonces el sistema de innovación que da origen al conocimiento vernáculo corresponde a una visión holística del mundo, donde todos los elementos de la vida están interconectada y no pueden entenderse de manera aislada, pero en la que además todos los elementos de la materia (tierra, aire, fuego, agua) tienen una fuerza de vida.¹² Algunas sociedades indígenas que pueblan la región amazónica, cuentan con sus propios sistemas de clasificación de plantas y especies medicinales, las cuales serían utilizadas en tratamientos curativos. Esta clasificación y su uso, son observados y utilizados por las corporaciones transnacionales y los laboratorios de investigación, los cuales las estudian y realizan extracciones para reclamar en la mayoría de las veces, derechos de propiedad y comercializar productos derivados de estos conocimientos¹³.

11) Patentes sobre plantas y animales: En el 2004, en la mayoría de los países, las plantas y las variedades vegetales no se protegían con patentes, salvo EEUU, Europa y Australia. En Estados Unidos, con el famoso litigio Diamond vs Chackrabarty en 1980 (ETC group, 2005), se abrió el camino para la patentación de seres vivos mostrando hasta hoy que no hay límites en cuanto al tipo de objeto que se puede proteger, pues se pueden patentar las

¹² Las comunidades indígenas no poseen nociones de propiedad privada o conocimiento. La primera tiene manifestaciones intangibles y espirituales. Los procesos de intercambio se dan, no para obtener ventajas, sino para suplir una carencia. Su supervivencia y desarrollo están ligados al acceso a los recursos. Una meta fundamental de cada organización nativa será obtener el reconocimiento, como propiedad legal, de los territorios tradicionales de sus comunidades, lo que permitirá una vida digna y sustentable para la población.

¹³ Las comunidades que contribuyen a estos nuevos conocimientos, rara vez reciben compensación por ello. Empresas farmacéuticas y productoras de semillas y de químicos practican biopiratería en los países en desarrollo y en contra las comunidades indígenas.

variedades y las plantas en si mismas, sus partes, los componentes, los genes, las metodologías, y los vectores (Koo, 2005).

Sin embargo existe una diferencia muy importante entre los sistemas de protección para plantas: la mayoría de los países se acogen al Convenio de Unión Internacional para la Protección de Nuevas Variedades Vegetales – UPOV que dan una protección *suigeneris* a los fitomejoradores diferente a las patentes de utilidad, mientras que EEUU otorga una doble protección, pues además de conceder ésta, también concede la protección de “patentes de utilidad” (Koo, 2005).

Teniendo en cuenta que las innovaciones son acumulativas, esta condición que se establece y se aplica en la legislación estadounidense, tiene un impacto muy fuerte en las innovaciones futuras, no sólo en la manipulación genética, sino también en la seguridad alimentaria de los países en desarrollo, así como en el control y explotación de su biodiversidad. Esto trae consecuencias irreversibles y acumulativas en aspectos económicos, políticos y sociales¹⁴.

4. Litigios internacionales y el papel de la United States Trade Representative (USTR)

La masa crítica de litigios internacionales que se relacionan con la propiedad intelectual es la consecuencia del conflicto de intereses entre empresas propietarias de los países desarrollados, y productores de países emergentes y en desarrollo. Las primeras son representadas por el organismo gubernamental norteamericano United States Trade Representative, USTR. Precisamente ha sido Estados Unidos el país que más litigios ha interpuesto desde que se hacen efectivos los ADPIC (Sell, 2003), por entender que algunos comportamientos pueden vulnerar dichos acuerdos¹⁵. A ciertos países se les concedió en su día prórrogas para que pudieran adaptar sus legislaciones, sobre propiedad intelectual. Uno de los casos más conflictivos fue el de India, que se caracterizó por sus conflictos: en materia de productos químicos y farmacéuticos, en la aplicación del procedimiento mail box, y en el hecho de que ha venido utilizando un modelo de patentación más fundamentado en procedimientos administrativos, que un desarrollo legislativo homologable con los demás países (Sell, 2003).

¹⁴ Traemos dos ejemplos ilustrativos de la investigadora Silvia Rodríguez (2004): Uno es el sondeo que Steven Price (1999) realizó en 25 universidades estadounidenses de investigadores que trabajaban en 41 cultivos obteniendo 86 respuestas con los siguientes resultados: 48% habían obtenido dificultades para obtener materiales genéticos protegidos por las empresas privadas; 45% señalaron que este hecho había entorpecido y en algunos casos truncado la investigación; el 28% sintieron que la misma situación no les permitió obtener nuevas variedades; y el 23% enfatizó la obstaculización que estas prácticas monopólicas y privatizadoras les impedían el avance en la formación de científicos y técnicos en las universidades públicas. El segundo ejemplo es el caso del agricultor canadiense, Percy Schmeisser, quien perdió el litigio frente a Monsanto (2004), quien le demandó por violar las leyes de PI, después de que sus campos de canola fueron contaminados “fortuitamente” con una variedad que contenía un gen patentado. Así, se considera un delito de los agricultores, pese a que ellos tendrían el derecho a exigir indemnizaciones por la contaminación de sus cultivos sin su autorización, con transgénicos de las multinacionales (Rodríguez, 2004).

¹⁵ El fallo de un tribunal indio de agosto de 2007, por el que se desestimó el recurso de apelación de la multinacional farmacéutica Novartis, constituye un acontecimiento de trascendencia mayor a la del bienestar de la India, ya que consolida la posibilidad de producción de medicamentos genéricos que son exportados desde este país a otros menos desarrollados, a precios significativamente inferiores a los de las marcas patentadas.

En un informe especial (USTR, 301, 2006) se examina la adecuación legal en la propiedad intelectual para 87 países y se designa a 47 para que sean incluidos en una lista en la que son vigilados, y se les realiza un seguimiento por parte de la USTR (Priority match list, en la sección 301 sobre obligaciones del Trade Act de 1974 en EEUU). El país que se encuentra en ella presenta problemas en lo que se refiere a la protección de los derechos de propiedad intelectual. Los países integrados en la lista se constituyen como el foco de atención para la USTR, con el fin de que adapte sus leyes y comportamientos a las exigencias formuladas por los representantes de Estados Unidos y a los ADPIC. La Tabla 2 presenta el análisis para algunos países con problemáticas importantes para ser analizadas.

Tabla 2: Visión de la USTR de la situación actual de “países vigilados”

Concepto	China	Rusia	Argentina	India
¿Han progresado en su adaptación a los ADPIC?	Sí	Sí, mayor control del gobierno en áreas sensibles.	Sí, además aumentaron los examinadores.	Sí, desde el 2005 en patentes de productos químicos, agrícolas, y de farmacia.
Principales quejas en contra	Muchos casos de piratería y falsificaciones.	Muchos casos de piratería en Internet.	Pocas, patentación comercial, inadecuada protección contra el comercio injusto.	Poca adecuación de las leyes, inadecuada protección contra el comercio injusto.
Áreas de acuerdos	Producción de Discos ópticos. Software, y otros.	Discos ópticos, destruir equipos piratas, cerrar sitios en Internet, imponer castigos a infractores.	Farmacéuticos: marketing para sus productores.	Piratería en Internet, y en copyright. Farmacéuticos: marketing para sus productores.
Situación que permanece todavía	Muchos casos de piratería en: Internet productores de software y en copyright, audiovisuales y de farmacia.	Piratería en: Internet productores de software y en copyright.	Piratería en: Internet productores de software y en copyright, audiovisuales, comercio injusto.	Piratería en: Internet productores de software y en copyright, farmacéuticos: marketing para sus productores.
Negocia y exige	Imponer castigos a infractores. Mejorar leyes contra piratería.	Leyes para castigos a infractores. Mejorar leyes para adaptarse a los ADPIC.	Mejorar leyes contra piratería y falsificaciones. Coordinar áreas de salud y de patentes.	Mejorar leyes para adaptarse a los ADPIC. Mejorar leyes contra piratería.

FUENTE: “informe especial 301, USTR” y elaboración propia

5. Alternativas en el escenario internacional de los DPI

Los países en desarrollo necesitarán recuperar una parte de los *spillovers* y de todos los beneficios derivados del conocimiento, para lo cual sus inversiones estratégicas tendrían que dirigirse a mejorar sus sistemas educativos y de salud en el marco de los derechos universales (Drahos, 2005a). La Declaración Universal de los Derechos Humanos, organismos internacionales como la FAO y la UNTACD, o acuerdos como el Convenio de Biodiversidad Biológica (CBD) deben considerarse a la hora de trabajar por una alternativa seria, razonable y progresista.

El Convenio de Biodiversidad Biológica, adoptado en 1992 (Nairobi) y firmado por 150 estados en la conferencia de la ONU sobre “Medio ambiente y desarrollo” en Río de Janeiro, destaca en su preámbulo, la necesidad de conservar la biodiversidad, siendo los estados responsables de ello, para los

cual es necesario desarrollar todas las capacidades científico – tecnológicas necesarias. También se contempla implícitamente el “principio de precaución”. En el concepto de biodiversidad se incluyen, además de los recursos biológicos, el conocimiento tradicional desarrollado por las comunidades (principalmente indígenas). Frente a una concepción bilateral, donde cada estado está encerrado en su impotente individualidad, el acuerdo hace hincapié en la promoción de la cooperación regional y global entre los estados y las ONGs, así como en las necesidades de tecnologías y de financiación que reclama la situación de los países en desarrollo. A pesar de que el CBD está sujeto a todo tipo de críticas por su ambigüedad en algunas de sus formulaciones, es cierto que su eficacia dependerá de la capacidad de los Estados para poder negociar tanto en el exterior como en su interior, cambios legislativos que se adecuen a los principios de su articulado.

Autores como Grubb, (1999) sostienen que existe un aceptable margen de reforma de los ADPIC al reconocer que éstos todavía no se han desarrollado plenamente y que por un “principio de prioridad”, ya que el CBD es anterior, debería aplicarse incluso antes que cualquier tratado de propiedad intelectual. Para Grubb (1999), así como para el gobierno de EEUU, el CBD es compatible con los ADPIC y sin embargo otros autores y expertos son reticentes para admitir dicha compatibilidad. A continuación se presentan las respuestas diferentes por parte de los ADPIC y sus derivados (TLC) y del Convenio de Biodiversidad Biológica a cuestiones relacionadas con la transmisión y provisión del conocimiento y de la información, las marcas legales de la propiedad intelectual, los beneficios derivados, la posición de los agentes (sobre todo gobiernos) y su capacidad de acuerdos y de cooperación mutua.

Tabla 3: Dos lógicas distintas: ADPIC y CBD

CUESTIONES	ADPIC	CBD
Cultura racionalidad	Comercial	Mejora de la Biodiversidad, conservación del conocimiento tradicional y reconocimiento de los derechos.
Beneficia	Sobre todo a Multinacionales (FMN)	Sobre todo a las comunidades locales.
Reparto de Beneficios	Entre patentadores y explotadores de patentes	Distribuir beneficios derivados del desarrollo sostenible.
Agentes facultados para el acceso	Faculta a personas o empresas de cualquier lugar a patentar los recursos biológicos de cualquier país	Soberanía nacional para regular el acceso de los foráneos a recursos.
Derechos de explotación	Crean condiciones para apropiarse de organismos vivos y de conocimientos relacionados con la biodiversidad	Derecho a explotar sus recursos sobre la biodiversidad
Carácter privado o comunitario	Otorgan derechos de uso, venta o adjudicación al patentador con carácter privativo. No reconoce la comunidad de derechos.	Las comunidades hacen uso y alimentan la biodiversidad
El conocimiento	Se apropia privadamente	El conocimiento sobre semillas, medicamentos naturales y plantas se intercambia en la comunidad.
Transmisión del conocimiento	Únicamente a cambio de pagos en dinero.	De generación en generación y entre diversas comunidades
Efectos	Mala apropiación como la Biopiratería	Persigue contrarrestar la Biopiratería
Provisión de información	Los solicitantes de patentes pueden insertar sus reivindicaciones en cualquier oficina de patentes	Los colectores de recursos biológicos proporcionan suficiente información sobre formas de obtenerlos y su funcionamiento
Acuerdos sobre la provisión	No es necesario acuerdo ni consentimiento alguno del país o comunidad origen de los recursos	Consentimiento para obtener información a través de acuerdo entre el Estado y las comunidades locales

CUESTIONES	ADPIC	CBD
Competencia legal	Se impone a la legislación nacional	Decide bajo la legislación propia (Nacional)
Beneficios	No comparte beneficios con países de origen	Compartir de manera justa los resultados de la investigación, y los derivados de la comercialización de los recursos genéticos.
Marco legal de patentes	Es una barrera para defender la biopiratería	Gran dificultad para tener éxitos en litigios contra la biopiratería
Formas de vida	Controvertido artículo 27 de ADPIC	Contra la patentación de formas de vida
Sobre necesidades vitales	Amenaza sobre la alimentación en desarrollo.	Ejemplo del África Group en OMC
Reformas para acercar los dos acuerdos	Enmiendas del artículo 27.3: Exclusión de ciertos materiales. Artículo 71.1: Asegurar transferencias de tecnologías	Artículo 16: cooperación con otros estados para seguir los contratos o acuerdos. Protocolo internacional que establezca guías y estándares para un justo acceso a los beneficios facilitando acuerdos.

FUENTE: Elaboración propia, basada en los ADPIC, CBD y TWN

Ante la imposición de un país frente a otros (bilateral), y la casi total pérdida de autonomía en las decisiones de los países en desarrollo, la alternativa más justa y razonable, reforzaría el tratamiento nacional en las negociaciones y rescataría las relaciones de reciprocidad de los estados y naciones (incluidas las del Sur), de manera que un estado pueda proteger la propiedad intelectual del otro y también pueda esperar que se respete la suya propia. En un contexto internacional deberá de contemplarse la discriminación positiva hacia “países menos favorecidos”.

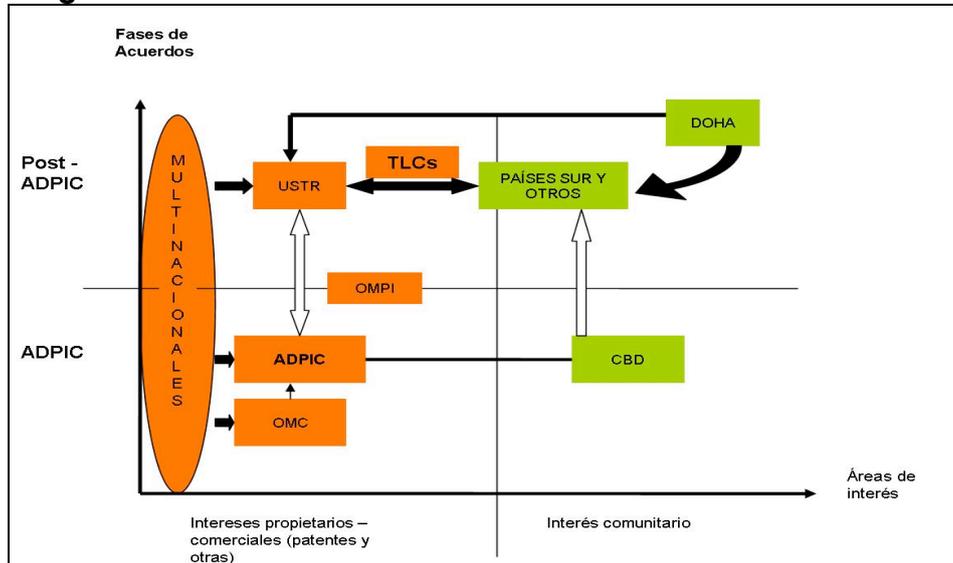
Los acuerdos sobre patentes vigentes en la actualidad, ponen su acento en los recursos planteados así como en las penas señaladas por infringir la patente, criminalización que perjudica sobre todo a los países en desarrollo. En este sentido deberían de aceptarse más las excepciones que favorecen a esos países, en vez de hacer hincapié en los posibles incumplimientos. Es necesario, regular la extensión sin freno alguno del ámbito de aplicación de las patentes, así como la laxitud con la que se conceden patentes por parte de oficinas, como por ejemplo la USPTO (Sánchez Padrón, M. y Gómez Uranga, M; 2001).

De la misma manera que los países más desarrollados logran proteger su “conocimiento” a través de los ADPIC, los países en desarrollo deberían encontrar un marco de acuerdos donde puedan proteger sus genuinos conocimientos. En ese sentido, Drahos (2004) propone una estructura de acuerdos y un tratado específico para la protección del conocimiento tradicional de las comunidades (por ejemplo, variedades de semillas, de plantas, de animales y recursos genéticos), incluyendo la posibilidad de comercializar aquellos activos que consideren oportunos y evitar que otros sean explotados comercialmente. Este autor contempla el diseño de un tratado en el que los diferentes países y comunidades desarrollan un conjunto de protocolos, normas y estándares sobre la protección del conocimiento tradicional. Éstos deben ser lo suficientemente flexibles y contemplar unos mínimos de protección. Además un objetivo operativo sería la consecución de un flujo de información entre los países, organismos y oficinas de patentes. Por último, estos deberán contemplar como principio rector la participación de las partes concernidas: gobiernos, grupos empresariales, grupos indígenas sociedad civil. Igualmente, el análisis Costo/Beneficio puede constituirse como un criterio de evaluación para los gobiernos que deban negociar transacciones y reformas relacionadas con la propiedad intelectual. Esa variable debe ser vinculada a las

preferencias reveladas por los países (desarrollo sostenible, mejora de la innovación, conservación de la biodiversidad, derechos humanos, situación sanitaria etc.).

En la Figura 1 podemos ver de manera sintética una panorámica de la evolución internacional, en la última década, de los derechos de propiedad intelectual y particularmente de las patentes.

Figura 1: Panorama de la evolución internacional de los DPI



Fuente: Elaboración propia.

En el eje vertical representamos las dos principales fases de los acuerdos: la era ADPIC y la post-ADPIC. En el otro están las áreas de intereses para las partes en las negociaciones; las propietarias de los derechos, motivadas por razones comerciales, y la otra parte, por intereses comunitarios o colectivos. Sin embargo, los representantes de los países en desarrollo pueden estar movidos por ambas razones. La USTR como representante de las partes propietarias se erige como intérprete y guardián principal de los ADPIC e impone el bilateralismo con los TLCs, mientras acuerdos como el Doha, intentan reformar y reinterpretar las exigencias de los ADPIC. Pero la búsqueda de una alternativa para algunos países en desarrollo deberá descansar en el CBD, cuya adecuación a las ADPIC es controvertida, pero nos inclinamos aquí por pensar que son incompatibles.

6. Conclusiones:

Los procedimientos de propiedad intelectual de los países desarrollados podrían en parte trasladarse a otros países, los cuales requerirán mayor autonomía y medios humanos y materiales para orientar su propio desarrollo. Sin embargo los ADPIC y los TLCs con sus ADPIC plus, han traído consecuencias negativas para los países en desarrollo, al renunciar a su autonomía y perder capacidad de maniobra en la protección de la salud pública, la biodiversidad y el desarrollo tecnológico consagrados en la Declaración Ministerial de Doha.

Los países en desarrollo deberán promover estrategias alternativas para salvaguardar su patrimonio biológico, científico y cultural y también potenciar sus capacidades y recursos. Éstas deberán basarse en: Una clara definición de sus prioridades estableciendo objetivos de referencia en desarrollo sostenible, mejora de la innovación, conservación de la biodiversidad, derechos humanos y situación sanitaria entre otros, con inversiones en los educación y cultura; tratados de cooperación en el sentido de Drahos (2004) con protocolos, normas y estándares sobre la protección del conocimiento tradicional fundamentados en los principios éticos contemplados en la Declaración de los Derechos Humanos, la CBD y el protocolo de Kyoto.

Referencias Bibliográficas

ARUNDEL, A. El terreno escurridizo de las patentes. *Innovación y transferencia tecnológica* (Comisión Europea, Dirección General de Empresa), Enero 2004:

BARTON, J. Adapting the intellectual property system to new technologies. En: Keith E. Maskus, Capítulo 11. *The WTO, Intellectual Property Rights and the Knowledge Economy*. Edward Elgar, Cheltenham, Reino Unido, 2004. p. 256-283.

BERNSTEIN, J., y MOHNEN, P. International spillovers between U.S and Japanese R&D intensive sectors. *Journal of International Economics*, nº 44 (1998): p. 315-338.

BRACK, A. Tratado de Libre Comercio y Biodiversidad. *Revista Perú al día*. Enero de 2007. <http://www.bilaterals.org/article.php3?id_article=6911> último acceso: Mayo de 2009.

BRAGA, C., et.al. Intellectual Property Rights and Economic Development, World Bank Discussion Paper, WDP412. En: Keith E. Maskus, *The WTO, Intellectual Property Rights and the Knowledge Economy*. Edward Elgar. Cheltenham, Reino Unido, 2004. p. 1-57.

CALLON, M. Is science a public good? *Institut for Advanced Study*, nº 19, 1994.

COHEN, W.; NELSON, R. y WALSH, J. Links and impacts: the influence of public research on industrial R&D. *Management Science* 1, nº 48, 2002.

CONSUMER EROSKI. *Revista Consumer Eroski*. <<http://revista.consumer.es/web/es/20000901/salud/>> Último acceso: Mayo de 2009.

CORTÉS, M. Propiedad intelectual y negociaciones comerciales: El comercio por encima de la vida <http://www.deslinde.org.co/Dsl36/dsl36_propiedad_intelectual_y_negociacion.htm> consultado enero 2007

DESLINDE. *La lucha entre las patentes y la salud*. <http://www.deslinde.org.co/Dsl37/dsl37_la_lucha_entre_las_patentes_y_la_salud.htm> acceso: Enero de 2007.

DÍAZ, J. ¿Si afecta el TLC la salud de los colombianos? 2006. <http://www.indepaz.org.co/index.php?option=com_content&task=view&id=375&Itemid=44> Último acceso: Mayo de 2009.

DRAHOS, P. *A philosophy of Intellectual Property*. Brookfield: Dartmouth Publishing Company, 1996.

DRAHOS, P. y Mayne, R. *Global Intellectual Property Rights: Knowledge Access and Development*. Hampshire y Nueva York: Palgrave Macmillan, 2002.

DRAHOS, P. The Global Intellectual Property Ratchet: Why it Fails as Policy and What Should be Done About It. Paper for the Open Society Institute. 2003. <http://cgkd.anu.edu.au/menus/PDFs/IPRatchet_Drahos.pdf> Último acceso: Mayo de 2009.

DRAHOS, P. Towards an International Framework for the Protection of Traditional. UNCTAD-Common wealth. Secretariat Workshop on Elements of National Sui Generis Systems for the Preservation, Protection and Promotion of Traditional Knowledge, Innovations and Practices and Options for an International Framework, 4-6 de febrero, Geneva. 2004.

DRAHOS, P. An Alternative Framework for the Global Regulation of Intellectual Property Rights CGKD, Working Paper, No. 1. *Austrian Journal of Development Studies*, Octubre 2005a.

DRAHOS, P. Intellectual Property Rights in the Knowledge Economy. En *Handbook on the Knowledge Economy*, de D. Rooney. Cheltenham: Edward Elgar, 2005b.

DRAHOS, P., et.al. Pharmaceuticals, Intellectual Property and Free Trade: The Case of the US–Australia Free Trade Agreement. *Prometheus* 3, nº 22, 2004. p. 243–257.

ETC Group. Special Report - Nanotech's Second Nature. Patents: Implications for the Global South. Comunicados No. 87 y 88 Marzo/Abril y Mayo/Junio, 2005.

FINK, C. El Acuerdo de los ADPICs, la Declaración de Doha y el acceso a los medicamentos: lecciones recientes. En: *La propiedad intelectual en los tratados comerciales ¿Oportunidad o carga para el mundo en desarrollo?*, Fundación Agenda Colombia, Bogotá. 2005. p. 42-55.

GLOWKA, L., et.al. *A Guide to the Convention on Biological Diversity*. Segunda edición. Gland and Cambridge: IUCN, 1994.

GRANSTRAND, O. *The Economics and Management of Intellectual Property. Towards Intellectual Capitalism*. Cheltenham: Edward Elgar, 1999.

GRILICHES, Z. Hybrid corn: an exploration in the economics of technical change. *Econometrica*, nº 48 1957. p. 501-522.

GRUBB, P. *Patents for Chemical, Pharmaceutical and Biotechnology. Fundamentals of Global Law, practice and strategy*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

KOO, B. Aspectos globales de los derechos de propiedad intelectual en materia de recursos genéticos vegetales. En: *La propiedad intelectual en los tratados comerciales ¿Oportunidad o carga para el mundo en desarrollo?*, de Fundación Agenda Colombia, Bogotá. 2005.p. 23-41.

LEVIS, M. El Acuerdo de los ADPIC: legislación nacional y tratados de libre comercio en América Latina. En: *La propiedad intelectual en los tratados comerciales ¿Oportunidad o carga para el mundo en desarrollo?*, Fundación Agenda Colombia, Bogotá. 2005. p. 71-93.

LÓPEZ, S., et. al. «Gestión del Conocimiento con Aplicaciones Comerciales en Universidades: Patentes y Licencias.» Informe Proyecto de investigación. Financiado por el Comité de Desarrollo de la Investigación – CODI de la Universidad de Antioquia. Registro: E0077, patrocinado por CONICYT – Chile y COLCIENCIAS – Colombia, Medellín, 2006.

MANSFIELD, E. Technical change and the rate of imitation. *Econometrica* 4, nº 29 1961. p. 741-766.

MASKUS, K. Regulatory standards in the WTO Comparing Intellectual Property Rights with Competition Policy, *World Trade Review*, I (2), En: Keith E. Maskus, *The WTO, Intellectual Property Rights and the Knowledge Economy*, Edward Elgar), Cheltenham, Reino Unido, 2004. p. 135-52.

NELSON, R. y Winter, S. *An Evolutionary Theory of Economic Change*. Cambridge. Massachusetts y Londres: Belknap/Harvard University Press, 1982.

PANAGARIYA, A. TRIPS and the WTO: An Uneasy Marriage, 1999. En Keith E. Maskus, *The WTO, Intellectual Property Rights and the Knowledge Economy*. Edward Elgar, Cheltenham, Reino Unido, 2004.

POLANYI, M. *The Republic of Science: Its political and economic theory*. Minerva, 1962.

RODRÍGUEZ, S. La propiedad intelectual en el TLC Estados Unidos – Costa Rica: Mecanismo de apropiación del patrimonio bioquímico y genético. 2004. <http://www.bilaterals.org/article.php3?id_article=864> Último acceso: Mayo de 2009.

ROSELL, M. Propiedad industrial y desarrollo. Derechos públicos vs derechos privados. En: *La propiedad intelectual en los tratados comerciales ¿Oportunidad o carga para el mundo en desarrollo?*, Fundación Agenda Colombia, Bogotá. 2005. p. 94-110.

ROSENBERG, N. How exogenous is science? En *Inside the Black Box*, de N. Rosenberg. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

SÁNCHEZ Padrón, M. La privatización de la ciencia y el conocimiento: el cercamiento de los bienes comunes. Las patentes en biotecnología: el caso de las secuencias genéticas. *Economía Crítica*, nº 2, Diciembre 2003. p. 169-202.

SÁNCHEZ Padrón, M. y Gómez Uranga, M. Protection of Biotechnological Inventions: A Burden Too Heavy for the Patent System. *Journal of Economic Issues* 2, nº 35. 2001. p. 315-322.

SELL, S. Life alter TRIPs, aggression and opposition, in Private Power Public Law: The globalization of intellectual property rights, *Cambridge University Press*, Cambridge, En: Keith E. Maskus, *The WTO, Intellectual Property Rights and the Knowledge Economy*. Edward Elgar), Cheltenham, Reino Unido, 2004.

STOKES, D. *Pasteur's Quadrant: Basic Science and Technological Innovation*. Washington, D.C.: Brookings Press, 1996.

THE GAZETTE OF INDIA. The Patents (Amendment) Act. 5 de Abril de 2005. p. 83-134.

TIJSSEN, R. Is the commercialisation of scientific research affecting the production of public knowledge? Global trends in the output of corporate research articles. *Centre for Science and Technology Studies (CWTS)*. Lieden: Leiden University, 2003.

TWN (Third World Network). Intellectual property rights, TRIPs Agreement and the CBD. 19-22 de Marzo de 2001. <<http://www.twinside.org.sg/title/benefit.htm>>.

USTR. Informe Especial 301. United States Trade Representative. 2006. <<http://www.ustr.gov>> Último acceso: Enero de 2007.

USTR. Priority match list, (section 301). En *Trade Act of the USA*. 1974.

WETTELIUS, S. y WIJKANDER, H. *On the costs and benefits of patents to society*. Working paper, Estocolmo: University of Stockholm., 2002.

WTO. Trade related aspects of intellectual property rights. Anex 1.c. Abril de 1994. <<http://www.barcelonanetactiva.com>> Último acceso: Mayo de 2009.

ZERDA, A. *Propiedad intelectual sobre el conocimiento vernáculo*. Bogotá. Universidad Nacional, 2003