



CENTER FOR INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW

LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ALCA

Pocas Oportunidades y Muchos Riesgos¹

María Julia Oliva²

Traducción: Rosario Vino³

¹ Una versión de este documento será publicada en *American University International Law Review*, Volumen 19:1.

² La autora es abogada para el Center for International Environmental Law (CIEL) en Ginebra, Suiza. Email: joliva@ciel.org. Las opiniones aquí expresadas son personales y no reflejan la postura de CIEL.

³ rosario.vino@span.ch

I. Introducción

Hay quienes opinan que la propiedad intelectual es la “base de la existencia humana,⁴” ya que protege las invenciones e innovaciones al tiempo que mejora la calidad de vida a través de opciones para los consumidores y nuevas formas de canalizar la actividad humana.⁵ Otros opinan que los derechos de propiedad intelectual (DPI) son únicamente un monopolio sancionado por los gobiernos y un subsidio que establece fronteras territoriales alrededor de las tecnologías y otras invenciones a fin de que las empresas puedan maximizar sus beneficios.⁶ Creada por el gobierno del Reino Unido con la misión de analizar si y cómo los DPI pueden desempeñar una función para reducir la pobreza y el hambre, mejorar la salud y la educación, y asegurar el desarrollo sostenible, la Comisión sobre los Derechos de Propiedad Intelectual (Comisión sobre los DPI) concluyó que el valor de la protección de la propiedad intelectual para la sociedad depende de factores como las circunstancias económicas y sociales en las que se aplica.⁷ En otras palabras, a fin de que la propiedad intelectual sirva de instrumento eficaz para el desarrollo sostenible, los países deben diseñar sus regímenes en función de sus propias necesidades y condiciones.

No obstante, los intentos de adaptar los DPI a los requerimientos de los países se enfrentan ahora a obstáculos establecidos por las normas internacionales de propiedad intelectual. Los acuerdos multilaterales sobre propiedad intelectual establecen los niveles de protección que deben implementarse a nivel nacional, y, de ese modo, definen y limitan las prerrogativas de los países en el campo de la propiedad intelectual. Así, por ejemplo, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) establece niveles mínimos de protección de la propiedad intelectual que, al final, todos los Miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) deberán observar.⁸ Estos niveles de protección cada vez más altos representan muchos desafíos para los países en desarrollo que intentan hacerlos realidad mientras adoptan normas de actuación para lograr el desarrollo económico y social. No obstante, el Acuerdo sobre los ADPIC es flexible hasta cierto punto y podría permitir a los países vencer algunos obstáculos que unos niveles de propiedad intelectual elevados pueden interponer al desarrollo sostenible.

⁴ Dr. Kamil Idris, Director General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), en su discurso de aceptación, citado en OMPI, Comunicado de prensa PR/2003/348, Ginebra, 27 de mayo de 2003, disponible en <http://www.wipo.int/pressroom/en/index.html>.

⁵ Véase J.M. Aubrey, "A Justification of the Patent System", en *PATENTS IN PERSPECTIVE* (ed. by Jeremy Phillips, Oxford, 1985).

⁶ Véase *Genetic Resources Action International*, "Intellectual Property Rights and Biodiversity: The Economic Myths" en *Global Trade and Biodiversity in Conflict*, Issue no. 3, octubre de 1998, disponible en www.grain.org/publications/issue3-en.cfm.

⁷ Véase *Commission on Intellectual Property Rights, Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy*, 5 (2002), disponible en http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/final_report/CIPRfullfinal.pdf. (Última visita: 22 de julio de 2003).

⁸ Véase *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio*, art. 1, 15 de abril de 1994, *Acuerdo de Marrakesh por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*, Anexo 1C, *INSTRUMENTOS LEGALES - RESULTADOS DE LA RONDA URUGUAY*, vol. 31, 33 I.L.M. 81 (1994) [*Acuerdo sobre los ADPIC*], disponible en http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf. (Última visita: 19 de julio de 2003).

Aun así, otras normas de propiedad intelectual actualmente en desarrollo pueden erosionar dichas flexibilidades. Particularmente preocupantes son las normas que están siendo acordadas a través de negociaciones bilaterales. Así, por ejemplo, tanto los Estados Unidos como la Unión Europea han incrementado las negociaciones bilaterales sobre comercio e inversiones, negociaciones que, con frecuencia, incluyen la propiedad intelectual.⁹ Dichas negociaciones han tenido como resultado acuerdos en los que los criterios de protección de la propiedad intelectual sobrepasan los niveles establecidos en la esfera multilateral y amenazan seriamente la libertad de los países de adaptar la propiedad intelectual a sus objetivos de política gubernamental.

¿Qué papel desempeña el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) en este contexto? ¿Puede este acuerdo de comercio regional contrarrestar la oleada de condiciones, con respecto a los DPI, cada vez más exigentes y generadas a través del bilateralismo? ¿Pueden los países en desarrollo utilizar su ventaja numérica en las negociaciones del ALCA para incluir asuntos fundamentales para el desarrollo sostenible, —el conocimiento tradicional, por ejemplo? , que no han sido todavía resueltos por la OMC o por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)? ¿Acaso el ALCA no es sino un peldaño en las normas de propiedad intelectual cada vez más exigentes que fundamentalmente benefician a los países desarrollados que acogen a los productores de conocimiento y a los titulares de los DPI?

Este artículo afirma que el ALCA supone más bien un riesgo que una oportunidad para que la propiedad intelectual actúe como herramienta del desarrollo sostenible. En él se analizan algunas disposiciones de propiedad intelectual del Borrador de capítulo sobre los DPI que ilustran la pérdida de capacidad de los países de adoptar medidas indispensables para garantizar que los DPI no afecten negativamente a áreas fundamentales para el desarrollo sostenible. Además, examina la posibilidad remota de que el ALCA tenga consecuencias positivas en el desarrollo como, por ejemplo, impedir las negociaciones bilaterales.

Concretamente, el apartado II ofrecerá una introducción sobre la naturaleza de los DPI, el proceso de establecimiento de normas internacionales de propiedad intelectual y los desafíos que ello supone para el desarrollo sostenible. El apartado III se centrará en la inclusión de la propiedad intelectual en el ALCA y analizará algunas oportunidades potenciales y algunos riesgos del Borrador de Capítulo sobre los DPI. Finalmente, este artículo concluirá subrayando las razones por las que el Borrador de Capítulo sobre los DPI comporta más problemas que soluciones para el desarrollo sostenible.

II. DPI, escalada de las normas internacionales y desarrollo sostenible

A. La propiedad intelectual: ¿Instrumento de política gubernamental o vaca sagrada?

La propiedad intelectual desempeña un papel esencial en la sociedad. Los DPI estimulan la innovación al proteger la actividad intelectual y al reconocer a sus titulares, a los

⁹ Las negociaciones actuales de EE. UU. sobre el *Acuerdo de Libre Comercio* se encuentran en <http://www.ustr.gov/new/fta/index.htm> y las relaciones comerciales bilaterales entre la UE y otros países se encuentran en http://www.europa.eu.int/comm/trade/issues/bilateral/index_en.html.

creadores o a los innovadores, la capacidad de excluir a terceros de ciertas actividades durante un período de tiempo determinado. También promueven la creatividad al garantizar, a la larga, la divulgación de las ideas a fin de generar más innovación. Así, por ejemplo, las patentes recompensan a los inventores al impedir que terceras personas exploten comercialmente una invención durante un período de tiempo determinado, pero al mismo tiempo garantizan que terceras personas se beneficien de la invención al exigir la publicación de la misma y su posterior entrada en el dominio público.¹⁰ Por otra parte, incluso durante el período de protección del derecho privado, la propiedad intelectual no es absoluta. Las limitaciones garantizan que estos privilegios no sean contrarios al interés público. Algunos ejemplos de excepciones contempladas en las patentes son los actos privados y sin propósito comercial, la utilización de las invenciones con fines de investigación o de enseñanza, la importación de un producto patentado y comercializado en otro país con el consentimiento del titular de la patente,¹¹ etc.

Así pues, los DPI deben equilibrar el interés del individuo —asegurar un justo valor por su esfuerzo intelectual o su inversión de capital y trabajo— y el interés de la sociedad —el desarrollo económico y cultural—. ¹² Como dijo un comentarista, no son una "vaca sagrada" ni derechos que no puedan ser adaptados o restringidos, sino más bien un medio para lograr objetivos sociales.¹³ Los DPI sólo se justifican en la medida en que sus beneficios para la sociedad sobrepasan su coste como derechos exclusivos sobre el conocimiento.¹⁴ En otras palabras, la propiedad intelectual debería ser un instrumento de política gubernamental y no un fin en sí misma. De hecho, tradicionalmente, los países han diseñado sus sistemas de propiedad intelectual para favorecer sus intereses económicos y sociales y para promover el desarrollo. Por ejemplo, Corea tenía una protección de los DPI poco estricta durante las décadas de 1960 y 1970, cuando las empresas locales adquirieron, asimilaron y adaptaron grandes cantidades de tecnología extranjera mediante ingeniería inversa.¹⁵ En cambio, en las décadas de 1980 y 1990, se centró en la adecuada protección y observancia de los DPI a medida que su proceso de industrialización se desarrollaba y las empresas locales emprendían una imitación creativa a través de la transferencia formal de tecnología.¹⁶ Los países que actualmente prosiguen su desarrollo todavía necesitan una cierta flexibilidad para lograr que los DPI favorezcan el aumento de crecimiento y bienestar; pero las tendencias actuales en el establecimiento de normas internacionales de propiedad intelectual limitan gravemente su libertad de acción.

B. Normas internacionales y flexibilidad reguladora

¹⁰ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *WIPO INTELLECTUAL PROPERTY HANDBOOK: POLICY, LAW AND USE*, 17, disponible en <http://www.wipo.org/about-ip/en/>.

¹¹ Véase Carlos M. Correa, *INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, THE WTO AND DEVELOPING COUNTRIES: THE TRIPS AGREEMENT AND POLICY OPTIONS*, 75 (Zed Books and Third World Network).

¹² W.R. Cornish, *INTELLECTUAL PROPERTY*, 6 (London 1989).

¹³ Jeremy Phillips y Alison Firth, *INTRODUCTION TO INTELLECTUAL PROPERTY LAW*, 10 (London, 1995).

¹⁴ Comisión sobre los Derechos de la Propiedad Intelectual, *supra* nota 4, 15.

¹⁵ Linsu Kim, *Technology Transfer and Intellectual Property Rights: Lessons from Korea's Experience*, 16 UNCTAD/ICTSD Capacity Building Project on Intellectual Property Rights and Sustainable Development (octubre de 2002), disponible en <http://www.ictsd.org/iprsonline/unctadictsd/docs/Kim2002.pdf>.

¹⁶ *Id.* en 21.

Aunque habitualmente era la legislación nacional la que establecía las normas de propiedad intelectual, de acuerdo con las necesidades y circunstancias del país, los acuerdos multilaterales de propiedad intelectual empezaron a definir y delimitar las opciones de los países a este respecto. No obstante, los primeros acuerdos, como el Convenio de París de 1883 y el Convenio de Berna de 1886, sólo establecieron estructuras mínimas, permitiendo así a los países adoptar diferentes normas sustantivas.¹⁷

Sin embargo, más recientemente, dicha flexibilidad empezó a estar sometida a una presión intensa. En 1995, el Acuerdo sobre los ADPIC entró en vigor y requirió que todos los Miembros de la OMC ofrecieran normas mínimas de protección de la propiedad intelectual. La inserción de los DPI en el sistema multilateral de comercio refleja la importancia creciente de estos derechos en la economía internacional y el consiguiente interés de que los países con un alto nivel de capacidad tecnológica e industrial garanticen normas globales de protección. No obstante, estas normas mínimas universalizaron los niveles de protección de la propiedad intelectual que los países industrializados sólo habían establecido tras alcanzar cierto nivel de desarrollo.¹⁸ De este modo, la protección general de los DPI limitó las opciones para los países en desarrollo en el diseño de sus sistemas de propiedad intelectual. Pero el Acuerdo sobre los ADPIC dio la posibilidad de que los países adoptaran diferentes estrategias. Por ejemplo, el Acuerdo sobre los ADPIC, al no definir lo que es una "invención", permite a los países elegir la definición que corresponda a sus necesidades.¹⁹ Esta flexibilidad es de importancia fundamental pues permite a los países utilizar la legislación sobre la propiedad intelectual para alcanzar el desarrollo económico y social, y los objetivos de protección medioambiental. En este sentido, para muchos países en desarrollo, el Acuerdo sobre los ADPIC representa el "límite superior" de las normas aceptables.²⁰

No obstante, las negociaciones internacionales sobre la propiedad intelectual persisten y nuevas y más exigentes normas de propiedad intelectual siguen siendo establecidas. Por ejemplo, en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), una iniciativa conocida como "Agenda de Patentes" aspira a promover la armonización de la legislación sobre las patentes, incluso a través de un tratado destinado a crear normas sustantivas para las patentes.²¹ No obstante, los foros más activos en lo que respecta a negociaciones de propiedad intelectual no tienen lugar a nivel multilateral sino a nivel bilateral. Muchos comentaristas creen que los países en desarrollo aceptan estas negociaciones como precio

¹⁷ Véase el *Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial*, 14 de julio de 1967, 21 U.S.T. 1583, 828 U.N.T.S. 306 (enmendado el 28 de septiembre de 1979), disponible en <http://www.wipo.int/clea/docs/en/wo/wo020en.htm> (inglés) y en <http://www.wipo.org/treaties/ip/paris/index-es.html> (español)

Véase también *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, 14 de julio de 1967, S. TREATY DOC. NO. 99-27, 828 U.N.T.S. 222 (enmendado el 28 de septiembre de 1979), disponible en <http://www.wipo.int/clea/docs/en/wo/wo001en.htm> (inglés) y en <http://www.wipo.org/treaties/ip/berne/index-es.html> (español).

¹⁸ Véase, e.g., Carlos M. Correa, *supra* nota 8, 75.

¹⁹ Acuerdo sobre los ADPIC, *supra* nota 5, artículo 27.

²⁰ Véase Carlos M. Correa, *supra* nota 8, 8.

²¹ Véase WIPO document A/36/14, *Agenda for Development of the International Patent System* (agosto 2001).

inevitable a pagar por un mayor acceso al mercado o a acuerdos de inversión con los países desarrollados.²² Así pues, los países industrializados pueden diseñar acuerdos bilaterales específicamente para responder a las "deficiencias" observadas en el Acuerdo sobre los ADPIC y ampliar los criterios de protección de propiedad intelectual por encima de los niveles multilaterales.²³ Como consecuencia, las normas "TRIPS-plus" (ADPIC-plus), ya sea porque son más extensas que las del Acuerdo sobre los ADPIC o porque eliminan opciones existentes en dicho acuerdo, se están convirtiendo en la norma en los acuerdos bilaterales.²⁴ Los acuerdos de libre comercio entre los Estados Unidos y países como Jordania, Chile y Singapur son claros ejemplos de este fenómeno. El mismo modelo está siendo utilizado también para los acuerdos regionales, los cuales pueden finalmente hacer inútil cualquier flexibilidad facilitada por el sistema multilateral. Tal y como lo expresó la Comisión de los Derechos de Propiedad Intelectual, los países en desarrollo están ante "límites sin precedentes a la libertad... de actuar como ellos lo crean conveniente" en el campo de la propiedad intelectual.²⁵

C. Desafíos al desarrollo sostenible

La propiedad intelectual constituye un instrumento para promover la innovación y fomentar el desarrollo cuando los derechos privados son nivelados con los intereses y necesidades de la sociedad. No obstante, cuando normas exigentes limitan la capacidad de los países de lograr el equilibrio particular exigido por sus circunstancias, los DPI plantean numerosas preocupaciones en diversas áreas importantes de interés público, en particular para los países en desarrollo, entre las que se incluyen el desarrollo tecnológico, la salud pública y la seguridad alimentaria.

Por ejemplo, y contrariamente a algunos principios claves de la propiedad intelectual, una amplia protección de los DPI puede impedir el desarrollo tecnológico. En realidad, los sistemas de propiedad intelectual diseñados para países altamente industrializados pueden dificultar la innovación relevante para los países en desarrollo, la cual, con frecuencia, no es informal.²⁶ Además, aunque la transferencia y difusión de la tecnología pudiera resultar de la protección de la propiedad intelectual, una mayor protección y observancia de los DPI también podría aumentar el control de los titulares de dichos derechos sobre las tecnologías, lo que a su vez ocasionaría prácticas anticompetitivas y precios elevados prohibitivos.²⁷

Los efectos potencialmente negativos de la protección de la propiedad intelectual sobre la salud pública han sido especialmente objeto de debate. Antes del Acuerdo sobre los ADPIC, los países eran libres de proveer protección de la propiedad intelectual a invenciones relacionadas con la salud pública sólo cuando lo consideraran apropiado para sus condiciones y necesidades particulares. De hecho, en algún momento, la mayoría de

²² Peter Drahos, *Bilateralism in Intellectual Property*, 8 Oxfam Policy Paper (diciembre de 2001), disponible en <http://www.oxfam.org.uk/policy/papers/bilateral/bilateral.rtf>. (Última visita: 19 de julio de 2003).

²³ *Id.* at 8.

²⁴ *Id.* at 4.

²⁵ Comisión sobre los Derechos de la Propiedad intelectual, *supra* nota 4, 155.

²⁶ Simon Walker, *THE TRIPS AGREEMENT, SUSTAINABLE DEVELOPMENT AND THE PUBLIC INTEREST: DISCUSSION PAPER*, 32 (IUCN y CIEL).

²⁷ *Id.*

los países han negado las patentes sobre productos farmacéuticos o de procesos por cuestión de política gubernamental. No obstante, el Acuerdo sobre los ADPIC obliga a los países a facilitar la protección mediante patente a toda invención, ya se trate de un producto o de un proceso, en todos los campos de la tecnología, en una disposición que muchos pensaban iba a repercutir negativamente en la posibilidad de conseguir medicinas a precios asequibles en los países en desarrollo. Sin embargo, la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública aclaró que el Acuerdo sobre los ADPIC "no impide ni debería impedir que los Miembros tomen medidas para proteger la salud pública."²⁸ Por lo tanto, las negociaciones sobre la propiedad intelectual fuera de la OMC deberían prestar especial atención a no limitar los derechos de los países a desarrollar políticas para fomentar un acceso generalizado a tratamientos seguros, eficaces y asequibles. La agricultura fue otro campo en el que la mayoría de los países en desarrollo no ofrecieron protección de la propiedad intelectual.²⁹ En realidad, las estructuras de suministro de alimentos agropecuarios en los países en desarrollo se basan en gran parte en la costumbre de dar e intercambiar variedades vegetales obtenidas por los agricultores. No obstante, el Acuerdo sobre los ADPIC exigió que los Miembros prevean alguna forma de protección de las obtenciones vegetales, lo que dio lugar a preocupaciones de que la seguridad alimentaria podría verse afectada negativamente por las restricciones sobre el ahorro e intercambio de semillas. Sin embargo, ofreció una importante flexibilidad: los Miembros pueden decidir si la protección de las variedades vegetales se efectúa mediante patentes, mediante un sistema eficaz *sui generis* o mediante una combinación de aquéllas y éste.³⁰

La opción de desarrollar un sistema cuyas características pudieran garantizar a agricultores y genetistas el acceso a las semillas es esencial para los países en desarrollo, aunque las normas de propiedad intelectual bilaterales y regionales puedan estar minando esta posibilidad. Por ejemplo, estas normas tienden a calificar la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV) de sistema de protección de las variedades vegetales, el cual ha sido criticado por servir a los intereses de los reproductores comerciales y no considerar las características de las variedades desarrolladas y utilizadas por los pequeños agricultores de los países en desarrollo. Además, algunos de los últimos acuerdos bilaterales intentan introducir el requisito de patentar los vegetales. Así pues, este tipo de disposición amenaza con impedir que los países tomen las medidas necesarias para garantizar el suministro de alimentos a sus poblaciones y el mantenimiento de estructuras que permitan la independencia local con respecto a las semillas y los alimentos.

III. La propiedad intelectual en el ALCA

²⁸ Organización Mundial del Comercio, *Declaración de Doha relativa a los Acuerdos sobre los ADPIC y la Salud Pública*, para. 4, WT/MIN(01)/DEC/2 [Declaración sobre los ADPIC y la Salud], disponible en http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/minidecl_tripse.htm (inglés)

²⁹ Véase Geoff Tansey, *FOOD SECURITY, BIOTECHNOLOGY AND INTELLECTUAL PROPERTY*, 11 (QUNO, 2002).

³⁰ Acuerdo sobre los ADPIC, *supra* nota 5, artículo 27.3b.

Al negociar el ALCA, los países pretenden alcanzar "desarrollo y prosperidad".³¹ En 1994, treinta y cuatro países de las Américas acordaron construir un ALCA en el que los obstáculos al comercio y a la inversión serían eliminados progresivamente. No obstante, el compromiso de luchar conjuntamente por la prosperidad no se refería únicamente a la apertura de mercados sino también a la preservación y refuerzo de la democracia, a la erradicación de la pobreza y la discriminación, y a la garantía del desarrollo sostenible.³² Los países se comprometieron, por ejemplo, a facilitar la participación de los individuos y las asociaciones en la actividad política y económica, a mejorar el acceso a la atención médica básica, y a fomentar la prosperidad social y económica de manera compatible con la protección del medio ambiente.³³ De este modo, se entablaron negociaciones para alcanzar acuerdos "equilibrados y globales" sobre cuestiones como obstáculos arancelarios y no arancelarios, agricultura, subsidios, inversiones, derechos de la propiedad intelectual, obstáculos técnicos al comercio, salvaguardias, y derechos antidumping y compensatorios.³⁴ No obstante, los Borradores posteriores de Acuerdo ALCA plantearon cuestiones respecto a si muchos capítulos y artículos son compatibles con unos objetivos tan ambiciosos.

En particular, los artículos sobre la propiedad intelectual han sido objeto de críticas. El Capítulo sobre los DPI, al igual que el resto del Borrador de Acuerdo ALCA, está todavía, en su mayor parte, entre corchetes, pero ciertas tendencias conflictivas pueden ser identificadas. Muchos grupos de la sociedad civil han denunciado que las negociaciones del ALCA abordan los DPI de una forma tal que podría suponer un obstáculo para el desarrollo y una mejor calidad de vida en los países de las Américas.³⁵

El ALCA, al igual que el Acuerdo sobre los ADPIC, establece niveles mínimos de protección de los DPI como, por ejemplo, los derechos de autor y de reproducción, el uso de marcas de fábrica, indicaciones geográficas, diseños, dibujos y modelos industriales, y patentes.³⁶ No obstante, el Capítulo sobre los DPI ha sido calificado de "el acuerdo de propiedad intelectual más ambicioso y variado que jamás se haya escrito."³⁷ Sus niveles de protección de la propiedad intelectual sobrepasan aquéllos establecidos por el Acuerdo sobre los ADPIC. Además, incluye artículos relativos a numerosas áreas nuevas como son la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite, los

³¹ Área de Libre Comercio de las Américas, *Primera Cumbre de las Américas: Declaración de Miami* (diciembre de 1994) (Declaración de Miami), disponible en http://www.ftaa-alca.org/ministerials/miami_e.asp. (Última visita: 19 de julio de 2003).

³² *Id.*

³³ *Id.*

³⁴ Área de Libre Comercio de las Américas, *Primera Cumbre de las Américas: Plan de Acción* (diciembre de 1994), disponible en http://www.alca-ftaa.org/ministerials/plan_e.asp.

³⁵ Véase, e.g., Oxfam, *Make Trade Fair for the Americas: Agriculture, Investment and Intellectual Property: Three Reasons to Say No to the FTAA*, 23, disponible en http://www.oxfam.org/eng/pdfs/pp030126_FTAA.pdf.

³⁶ Véase *Segundo Borrador del Acuerdo sobre el ALCA (Área de Libre Comercio de las Américas)*, 1 de noviembre de 2002, *Capítulo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual* (borrador de Capítulo sobre los DPI), disponible en http://www.ftaa-alca.org/ftaadraft02/eng/ngipe_1.asp#IPR. (última visita: 19 de julio de 2003).

³⁷ Véase David Vivas Eugui, *Intellectual Property in the FTAA: New Imbalances and Small Achievements*, BRIDGES: ICTSD ANALYSIS 18-22 (2002), disponible en <http://www.ictsd.org/iprsonline/ictsd/docs/VivasBridgesYear6N8NovDec2002.pdf>. (última visita: 19 de julio de 2003).

nombres de dominio en Internet, el acceso a los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y el folclore.

A. Oportunidades potenciales

Muchos ven el ALCA como una "oportunidad histórica."³⁸ En el campo de la propiedad intelectual, por ejemplo, el ALCA podría ser positivo, pues podría constituir un proceso multilateral de establecimiento de normas y establecer la protección de cuestiones consideradas fundamentales por los países en desarrollo. Los acuerdos multilaterales sobre niveles de protección de la propiedad intelectual podrían beneficiar a los países en desarrollo en la medida en que excluyen el establecimiento de estas normas mediante negociaciones bilaterales. Por lo tanto, los países en desarrollo pueden establecer normas de propiedad intelectual mientras tengan la ventaja numérica y la posibilidad de formar alianzas.³⁹ Sin embargo, las normas multilaterales no han sido capaces de impedir el establecimiento de normas bilaterales en el pasado.⁴⁰ Los países en desarrollo esperaban que el Acuerdo sobre los ADPIC iba a eliminar gradualmente los esfuerzos bilaterales por aumentar las exigencias sobre la propiedad intelectual,⁴¹ pero las exigencias mínimas del Acuerdo sobre los ADPIC se convirtieron en un catalizador para promover las negociaciones bilaterales.⁴²

Además, el ALCA ha sido criticado por no rectificar los problemas de las negociaciones bilaterales.⁴³ Una ventaja importante de un enfoque multilateral, en teoría, es la capacidad de evitar la "cuestión confidencial" de las negociaciones bilaterales, en las que las partes guardan los borradores en secreto, se abstienen de consultar a los congresistas e ignoran la opinión pública.⁴⁴ Sin embargo, en el ALCA, los países participantes han guardado la confidencialidad de los documentos de las negociaciones y sólo han publicado el borrador de acuerdo después de bastante tiempo, y sin mencionar los países que adoptaron o suscribieron los artículos.⁴⁵ Aún más, el Comité de los Representantes de los Gobiernos de la Sociedad Civil, creado en 1998, sufre de un gran falta de credibilidad.⁴⁶

³⁸ *Declaración de Miami*, supra nota 28.

³⁹ *Borrador de Capítulo sobre los DPI*, supra nota 33, pt. I. art. 2.

⁴⁰ Oxfam, supra nota 32, 3.

⁴¹ Por ejemplo, los Estados Unidos estaban desarrollando una campaña agresiva basada en la Sección 301 de *U.S. Trade Act*, la cual permite al gobierno de los EE. UU. "imponer sanciones comerciales contra países extranjeros que mantienen actuaciones, normas y métodos que violan" o niegan los derechos de los EE. UU. o injustificadamente carga o restringe el comercio estadounidense, incluyendo el incumplimiento de proveer una protección "adecuada y eficaz" de los DPI. Los Estados Unidos presentaron la disminución de tales acciones como incentivo para alcanzar un acuerdo sobre la propiedad intelectual en la OMC.

⁴² *Drahos*, supra nota 19, 17-18.

⁴³ Véase la carta de Robert Weissman, Co-Director, Essential Action, a Gloria Blue, Executive Secretary, TPSC, Office of the USTR (22 de agosto de 2001) [Essential Action Letter], disponible en <http://lists.essential.org/pipermail/ip-health/2001-August/001761.html>. (Última visita: 19 de julio de 2003).

⁴⁴ Véase *Genetic Resources Action International*, "TRIPS-plus" Through the Back Door: How Bilateral Treaties Impose Much Stronger Rules for IPRs on Life than the WTO (July 2001), disponible en <http://www.grain.org/publications/trips-plus-en.cfm>. (Última visita: 19 de julio de 2003).

⁴⁵ Véase *Essential Action Letter*, supra nota 40.

⁴⁶ Véase Sarah Anderson & John Cavanagh, Rockefeller Foundation, *Institute for Policy Studies, State of the Debate on the Free Trade Area of the Americas* 27 (2002), disponible en

Tal como se ha mencionado, el Borrador de Capítulo sobre los DPI comprende artículos que los países en desarrollo habían solicitado continuamente sobre la protección de los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y el folclore.⁴⁷ Las lagunas en el sistema internacional de propiedad intelectual permite automáticamente la explotación comercial de la inmensa variedad de especies vegetales y animales del Sur y de los valiosos conocimientos tradicionales sin la apropiada autorización del país y de la comunidad local.⁴⁸ Los países en desarrollo han planteado reiteradamente en diferentes lugares la necesidad de que las normas internacionales de la propiedad intelectual garanticen una protección adecuada pero dichas propuestas nunca han obtenido consenso.⁴⁹

En el marco del ALCA tampoco cabe esperar ningún acuerdo. De hecho, los Miembros no han logrado consenso en estas cuestiones y las secciones que tratan del folclore, de los conocimientos tradicionales y de los recursos genéticos siguen estando entre corchetes.⁵⁰ Por lo tanto, aunque la inclusión de dichos artículos tendría consecuencias positivas, el destino de los mismos es todavía incierto.

B. Riesgos

No obstante, las limitaciones potenciales que el Borrador de Capítulo sobre los DPI impondría en la capacidad reguladora de los países son mucho más definitivas. El Borrador de Capítulo sobre los DPI crea exigencias sobre los "TRIPS-plus" tanto en los artículos sobre los principios generales del sistema como en los que tratan de áreas específicas de los DPI. Una protección de la propiedad intelectual tan amplia privaría a los países de la posibilidad de tomar medidas destinadas a proteger el interés público y garantizar el desarrollo sostenible.

1. Disposiciones generales del Borrador de Capítulo sobre los DPI

Las disposiciones generales del Borrador de Capítulo sobre los DPI establecen elementos claves del sistema de propiedad intelectual del ALCA e incorporan conceptos que pueden tener consecuencias negativas para un sistema de propiedad intelectual equilibrado. Incluidas en la Sección I del Borrador de Capítulo sobre los DPI, estas disposiciones describen la naturaleza y el alcance de las obligaciones, los objetivos y principios generales, y la relación entre Acuerdo del ALCA y otros tratados sobre la propiedad intelectual.⁵¹ Varias de estas disposiciones podrían limitar flexibilidades importante para las legislaciones nacionales.

El Borrador de Capítulo sobre los DPI requiere que la partes, por ejemplo, aseguren "una protección y observancia adecuada y eficaz" de los DPI.⁵² Las medidas eficaces para hacer lograr la observancia de los DPI son parte esencial del sistema de la propiedad

http://www.tradeobservatory.org/library/uploadedfiles/State_of_Play_on_the_FTAA.pdf. (Última visita: 19 de julio de 2003).

⁴⁷ Véase el *borrador de Capítulo sobre los DPI*, *supra* nota 33, pt. II, secs. 4, 6.

⁴⁸ En los recursos genéticos, este fenómeno ha sido denominado "bio-piratería."

⁴⁹ Los países en desarrollo han solicitado dichas normas internacionales tanto en el seno del Comité Intergubernamental sobre Recursos Genéticos, Conocimientos tradicionales y Folclore en la OMPI como en el seno del Consejo sobre los ADPIC en la OMC.

⁵⁰ Véase *e.g.* el *Borrador de Capítulo sobre los DPI*, *supra* nota 33, pt. II, secs. 4, 6.

⁵¹ *Id.*, pt. I, arts. 1-5.

⁵² *Id.*, pt. I, art. 1.

intelectual, pero deben estar dirigidas no sólo a la protección de los derechos privados de los titulares de los DPI sino también a hacer cumplir las obligaciones para con la sociedad de dichos titulares de DPI. No obstante, el lenguaje del Borrador de Capítulo procede de instrumentos en los que la observancia de los DPI se centra en la coacción, sin incorporar ningún otro mecanismo que reconozca el delicado equilibrio entre diferentes intereses sociales en la propiedad intelectual. Dichos instrumentos incluyen, por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), la ley Especial 301 en la normativa estadounidense y otros acuerdos bilaterales sobre la propiedad intelectual o el comercio. Por ejemplo, la ley Especial 301 requiere que los Representantes de los EE. UU. para las cuestiones comerciales internacionales identifiquen a los países extranjeros que niegan una "adecuada y eficaz protección" de la propiedad intelectual, incluso cuando cumplan las obligaciones en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC. Así pues, el mismo enfoque desequilibrado de observancia de los DPI en el ALCA puede eliminar incluso la flexibilidad existente en otras secciones del Borrador de Capítulo sobre los DPI.

Otra disposición potencialmente problemática en esta sección es el establecimiento de la doctrina del agotamiento regional. Como ya hemos mencionado, uno de los principios inherentes a los DPI es que éstos son privilegios limitados. El principio que trata el momento en que cesa el control del titular de los DPI sobre un bien o servicio se denomina "agotamiento". La idea es que una vez que el titular de los DPI ha obtenido un rendimiento económico de la primera venta o colocación en el mercado, el derecho queda "agotado" y el comprador tiene derecho a usar y disponer del bien o servicio sin mayores restricciones.⁵³ Un país puede elegir reconocer que el agotamiento de un DPI se produce cuando un bien o servicio se vende por primera vez o se comercializa en cualquier sitio fuera de sus propias fronteras.⁵⁴ La opción depende de cuestiones de políticas nacionales como, por ejemplo, la necesidad de asegurar la competitividad de las compañías locales y reconocer que los consumidores tienen "derecho de comprar productos legales a quienes los venden más baratos."⁵⁵ Por consiguiente, el Acuerdo sobre los ADPIC deja el asunto en manos de los países.⁵⁶ En comparación, el Borrador de ALCA requiere que cada Parte adopte, en un plazo de cinco años después de la entrada en vigor del Acuerdo, el principio de agotamiento regional, el cual pondría fin a una importante flexibilidad en las normas internacionales de propiedad intelectual.⁵⁷

El Borrador de Acuerdo del ALCA también requiere a las partes la implementación de numerosas disposiciones de los tratados sobre los DPI lo cual implica un incremento adicional del nivel de protección.⁵⁸ Este tipo de disposición no es inaudito: el propio

⁵³ UNCTAD/ICTSD, *Capacity Building Project sobre los Derechos de la Propiedad Intelectual y el Desarrollo Sostenible, TRIPS and Development: Resource Book Part One: Nature of Obligations, Principles and Objectives (Draft)* 80 (2002), disponible en http://www.ictsd.org/iprsonline/unctadictsd/docs/RB_Part1_nov02.pdf. (Última visita: 19 de julio de 2003).

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ South Centre, *The TRIPs Agreement: A Guide for the South, The Uruguay Round Agreement on Trade-Related Intellectual Property Rights*, Annexe III (noviembre de 1997), disponible en <http://www.southcentre.org/publications/trips/toc.htm> (Última visita: 19 de julio de 2003).

⁵⁶ Véase *Acuerdo sobre los ADPIC*, *supra* nota 5, artículo 6 y la *Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública*, *supra* nota 25, para. 5(b).

⁵⁷ Véase el *Borrador de Capítulo sobre los DPI*, *supra* nota 33, pt. I, art. 4.

⁵⁸ *Id.*, pt. I, art. 5.

Acuerdo sobre los ADPIC incorporó disposiciones de otros tratados, particularmente los concluidos en el marco de la OMPI. En este caso, la referencia resolvió cuestiones en lo que concierne a la relación entre las dos instituciones, pero también, según algunos comentaristas, creó una vía para aumentar las condiciones mínimas exigidas en el Acuerdo sobre los ADPIC sin necesidad del consenso de la OMC.⁵⁹ El mismo recurso es especialmente preocupante en el Borrador del ALCA. El número de tratados que posiblemente incorpore el ALCA es más elevado e incluye varios todavía en vías de negociación.⁶⁰ Puesto que, tal como se ha mencionado, la tendencia en los instrumentos multilaterales y bilaterales es el aumento de la protección de la propiedad intelectual, el Acuerdo del ALCA puede, mediante este proceso, incorporar estas mayores exigencias y disminuir aún más la flexibilidad de los países en el desarrollo de sus sistemas de propiedad intelectual.

2. Disposiciones específicas del Borrador de Capítulo sobre los DPI

La sección II del Borrador de Capítulo sobre los DPI del ALCA, que trata categorías concretas de DPI, también presenta claros ejemplos de condiciones más exigentes sobre propiedad intelectual que pueden tener consecuencias peligrosas para el desarrollo sostenible. Las disposiciones referentes a las patentes, cuya protección internacional actual ya suscita numerosas preocupaciones relativas a cuestiones como el derecho a la salud, demuestran el patrón de derechos más amplios y duraderos. El Acuerdo del ALCA prolongaría el período y ampliaría el alcance de la protección, y también eliminaría importantes limitaciones a los derechos de patente.⁶¹ De este modo, disminuiría las posibilidades de política crítica necesaria para adaptar los regímenes de patentes a circunstancias económicas y sociales particulares.⁶²

En primer lugar, aunque el plazo de protección de las patentes establecido en el Borrador de Capítulo sobre los DPI es de veinte años a partir de la fecha de solicitud, igual que en el Acuerdo sobre los ADPIC, el ALCA podría requerir que las partes extiendan el plazo de protección de una patente en determinadas circunstancias. Los países podrían verse obligados a extender indirectamente el período de protección de la patente para, por ejemplo, compensar cualquier retraso excesivo al otorgar una patente y a ajustarse al período de extensión previsto por el país que dirige el examen de la invención.⁶³

En segundo lugar, el Borrador de Capítulo sobre los DPI amplía el alcance de las patentes e incluye todo material biológico obtenido a través de la multiplicación o propagación del producto protegido mediante patente o directamente obtenido a partir de un proceso patentado.⁶⁴ En otras palabras, el ALCA obligaría a los países a otorgar protección mediante patente a vegetales y animales obtenidos con partes de microorganismos patentados o a través de procesos patentados, minando con ello la

⁵⁹ UNCTAD/ICTSD, *supra* nota 50, 80.

⁶⁰ Véase Eugui, *supra* nota 34, 18.

⁶¹ Véase el *Borrador de Capítulo sobre los DPI*, *supra* nota 33, Sección 5.

⁶² Véase Comisión sobre los Derechos de Propiedad Intelectual, *supra* nota 4, 113.

⁶³ Véase *id.* Además, cuando una Parte concede una patente basada en el examen de una invención llevada a cabo en otro país, "esta Parte, a petición del propietario de la patente, deberá extender el plazo de duración de la patente concedida conforme a dicho procedimiento por un período igual al período de extensión, si lo hubiera, otorgado con relación a la patente concedida por el otro país".

⁶⁴ *Borrador de Capítulo sobre los DPI*, *supra* nota 33, II, sec. 5, art. 3.

inclusión de vegetales y animales en las excepciones de la patentabilidad.⁶⁵ Además, el Borrador de Capítulo sobre los DPI incorpora el Convenio sobre la protección de las variedades de vegetales de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), lo que plantea numerosas cuestiones sobre el desarrollo sostenible.

En tercer lugar, el Borrador de Acuerdo ALCA limitaría el uso de licencias obligatorias, instrumento fundamental de los países en desarrollo para garantizar que las patentes satisfacen las necesidades del desarrollo sostenible. Las licencias obligatorias se refieren al derecho de los gobiernos a autorizarse a sí mismos o autorizar a terceras partes a utilizar el contenido de una patente sin autorización del titular del derecho por razones de política gubernamental.⁶⁶ Así, el Acuerdo sobre los ADPIC menciona los precios anticompetitivos, los usos no comerciales y las situaciones de emergencia y de extrema urgencia como ejemplos de motivos para conceder licencias obligatorias, aunque no limita el derecho de los países a establecer licencias obligatorias por otras razones no mencionadas explícitamente. Además, la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y a la Salud Pública (Declaración sobre los ADPIC y la Salud) reafirma que "[c]ada miembro tiene derecho a conceder licencias obligatorias y la libertad de determinar los motivos que justifiquen la concesión de dichas licencias."⁶⁷ No obstante, el ALCA establece numerosas limitaciones a los motivos de concesión de licencias obligatorias. Según el Borrador de Capítulo sobre los DPI, las licencias obligatorias sólo pueden ser concedidas por razones de interés público y no comerciales o en caso de declaración de emergencia nacional u en otras situaciones de extrema urgencia.⁶⁸

Asimismo, el sistema de propiedad intelectual del ALCA no sólo no reconoce las dificultades a las que podrían enfrentarse los países con insuficiente o ninguna capacidad de fabricación en el sector farmacéutico al hacer uso efectivo de las licencias obligatorias, tal como está reconocido en la Declaración sobre los ADPIC y la Salud, sino que además complica la situación. Aunque el Artículo 31 (f) del Acuerdo sobre los ADPIC estipula que las licencias obligatorias deberán ser autorizadas "principalmente para satisfacer la demanda del mercado nacional de los Miembros que autorizan tal uso", los Miembros de la OMC admiten que esta disposición no debería aplicarse en determinadas circunstancias.⁶⁹ La idea permite que los países capaces de fabricar especialidades farmacéuticas genéricas con licencias obligatorias hagan de agentes para los países que no tienen esa capacidad.⁷⁰ Sin embargo, el Borrador de Capítulo sobre los DPI del ALCA establece claramente que la autorización de una licencia obligatoria "no le daría derecho a

⁶⁵ *Id.*, pt. II, sec. 5, art. 2.

⁶⁶ Véase Jerome H. Reichman and Catherine Hasenzahl, *Non-voluntary Licensing of Patented Inventions: Historical Perspective, Legal Framework under TRIPS and an Overview of the Practice in Canada and the USA*, 4 (Borrador, octubre de 2002), disponible en http://www.ictsd.org/iprsonline/unctadictsd/docs/reichman_hasenzahl_Canada.pdf. (Última visita: 8 de agosto de 2003).

⁶⁷ *Declaración sobre los ADPIC y la Salud*, *supra* nota 25, para. 5.

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Acuerdo sobre los ADPIC*, *supra* nota 5, artículo 31 (f). La *Declaración de Doha relativa a los ADPIC y la Salud* reconoció que los Miembros de la OMC con insuficiente o ninguna capacidad de fabricación en el sector farmacéutico podrían enfrentarse a dificultades al hacer uso efectivo de las licencias obligatorias según el *Acuerdo sobre los ADPIC*. La decisión que implementa el párrafo como parte de la *Declaración de Doha relativa a los ADPIC y la Salud* se adoptó finalmente en agosto de 2003. Está disponible en http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/implem_para6_e.htm.

⁷⁰ Reichman y Hazenstahl, *supra* nota 63, 16.

una parte privada a actuar en representación del Gobierno para vender productos fabricados de conformidad con dicha autorización a una parte que no sea el Gobierno, o a exportar el producto fuera del territorio de la Parte.”⁷¹ Por lo tanto, los países sin capacidad de fabricación farmacéutica en las Américas perderían posibilidades esenciales para garantizar el acceso a medicinas esenciales y para realizar el derecho de las personas a la salud.

CONCLUSIÓN

La Comisión sobre los DPI comparó la protección de la propiedad intelectual con la tributación y concluyó que “[e]l hecho de que algo sea bueno no quiere decir que más de lo mismo sea mejor.”⁷² En realidad, en algunas circunstancias, normas más exigentes de protección de los DPI son, sencillamente, contrarias al interés público. En particular, los países en desarrollo necesitan cierta flexibilidad para diseñar y regular la protección de la propiedad intelectual de forma que satisfaga sus necesidades y condiciones. No obstante, las normas internacionales de la propiedad intelectual están erradicando lentamente esta flexibilidad.

En este contexto, las negociaciones del ALCA, en lugar de invertir la tendencia para favorecer al desarrollo sostenible, sencillamente se han convertido en otro peldaño para las normas relativas a la propiedad intelectual. Al parecer, el Borrador de capítulo sobre los DPI se centra en la protección eficaz y la realización de los DPI a cualquier precio. De este modo, los países en desarrollo podrían verse obligados a proteger exhaustivamente los amplios derechos de los titulares de propiedad intelectual y éstos, en cambio, podrían tener pocas obligaciones que cumplir. Los países en desarrollo perderían muchas posibilidades de establecer limitaciones en nombre del interés público. Por ejemplo, el Borrador de Capítulo sobre los DPI restringiría el poder de los países de determinar el fin de la protección de la propiedad intelectual, tanto a través de la extensión de algunos períodos de protección como a través de la imposición del principio de agotamiento regional.

El Borrador de Capítulo sobre los DPI también limitaría otros aspectos de la flexibilidad esencial para el desarrollo sostenible. Por ejemplo, podría socavar la inclusión de los vegetales en las excepciones a la patentabilidad, amenazando con ello seriamente la capacidad de los países en desarrollo de mantener estructuras de autosuficiencia con respecto a las semillas y los alimentos. Además, obstaculizaría las decisiones de los países de utilizar o conceder a terceras partes el derecho de utilizar el contenido de una patente sin una autorización por razones de interés público. Esto podría tener efectos desastrosos para los países con graves problemas de salud pública, los cuales, a pesar de todo, no podrían calificarse como “emergencias nacionales.”

En su forma actual, el Borrador de Capítulo sobre los DPI del Acuerdo del ALCA conlleva serios riesgos para el desarrollo sostenible y establece numerosas normas que constituyen exigencias *TRIPS-plus* (ADPIC-plus). Dichas normas obstaculizarán

⁷¹ Borrador de Capítulo sobre los DPI, *supra* nota 33, pt. II, sec. 5, art. 5.

⁷² Comisión sobre los Derechos de la Propiedad Intelectual, *supra* nota 4, 123-24.

sustancialmente la regulación de la propiedad intelectual por parte de los países en desarrollo de las Américas para satisfacer sus necesidades y objetivos. La protección de la propiedad intelectual en el ALCA necesitaría ser reequilibrada en términos de fuerza y alcance, en ningún caso sobrepasando las normas del Acuerdo sobre los ADPIC, pero, aun así, la cuestión persiste: ¿es necesario tratar de la propiedad intelectual en los acuerdos sobre comercio regional?