



PROPIEDAD INTELECTUAL, INCLUSIÓN Y ESTRATEGIAS OFENSIVAS PARA PAÍSES EN DESARROLLO

Antes de lo que normalmente suele creerse, las disposiciones en materia de propiedad intelectual (PI), en el marco de un acuerdo comercial bilateral o plurilateral, pueden jugar también un rol importante en el área del desarrollo y de la inclusión, y dejar de lado viejas dinámicas de relacionamiento de tipo “norteamericano” para responder a intereses defensivos de países como el nuestro.

Vinculación de la PI con el comercio internacional

Lo primero a tener en cuenta es que la vinculación de la PI con el comercio internacional es relativamente reciente. A finales del siglo XIX, con la suscripción de los Convenios de París (sobre propiedad industrial) y Berna (sobre derecho de autor), la protección de PI dejó de ser una cuestión doméstica para alcanzar relevancia internacional.

Recién para finales del siglo XX la PI alcanzaría un nivel de protección global con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Adpic), que al superar algunos estándares de los Convenios de París y Berna, se ganó el apelativo de París-Plus y Berna-Plus.

Ya en el siglo XX, bajo una política promovida por los Estados Unidos de América, la PI ha empezado a incluirse en tratados bilaterales a través de los cuales se busca alcanzar mayores niveles de protección que los que concede el Adpic (Adpic-Plus) y que no pueden lograrse en un sistema multilateral en el cual el poder de negociación norteamericano se diluye entre los más de 160 miembros que conforman la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Desde entonces, la tendencia es incrementar los niveles de protección de la PI, salvo circunstancias excepcionales, como en el caso de la negociación del nuevo TPP, cuya versión original fracasó debido al retiro de Estados Unidos, dando pie a la negociación del ahora llamado TPP11, en la cual los once miembros restantes deciden seguir adelante con el TPP original pero negociando la suspensión de una veintena de provisiones, de las cuales once corresponden a exigencias en materia de PI, lo que da cuenta de la relevancia que tiene esta materia en las negociaciones comerciales internacionales.

Cabe anotar que relajar o fortalecer los estándares de protección no puede calificarse como algo positivo o negativo per se. Es un análisis complejo y tiene que ver con una serie de variables.

La primera de ellas está referi-

da a una vieja discusión respecto de dónde debe situarse el punto de equilibrio entre la difusión del conocimiento en la sociedad y la recompensa del innovador.

Otra variable, relevante para efectos de este artículo, surge en el marco de la negociación de un acuerdo comercial internacional, en el cual ciertas concesiones sobre PI podrían parecer excesivas si no son valoradas a la luz de equilibrios más amplios, que consideran igualmente los beneficios que traen a cambio otras materias bajo negociación.

Justamente este último fue el caso del TPP original, en el cual algunos países prefirieron aceptar ciertas exigencias sobre PI consideradas (no siempre con sustento) por diversos actores como desfavorables

para un sector de su población, a cambio de tener acceso al mercado estadounidense. De ahí que cuando este último se retira del acuerdo, se suspenden dichas concesiones en el marco de la negociación del TPP11.

Circunstancia similar se presentó en el caso peruano, con la experiencia del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos (APC Perú-Estados Unidos), que nos llevó a suscribir compromisos Adpic-Plus que a la larga han demostrado ser beneficiosos y desmentir los infundados temores de, en su momento, unos cuantos.

El *plus* en el APC Perú-Estados Unidos se manifestó a través de distintas obligaciones contraídas, cuyo impacto en la legislación nacional fue variado, según el tipo de exigencia. Dicho efecto dependió, en gran medida, de si

es que dichas obligaciones ya estaban previamente contempladas en la normativa comunitaria andina (como la de registrar marcas olfativas o sonoras, o la exigencia de protección mínima de la marca por 10 años), o de si la norma nacional ya superaba los niveles de exigencia del Adpic o de la Comunidad Andina (CAN), para el caso de determinadas normas de tipo “piso” (como la exigencia de protección mínima de los derechos del autor a no menos de 70 años).

También está el caso de determinadas prescripciones que trajeron aparejados mayores niveles de polémica, al no estar consideradas en el Adpic ni en la CAN, por lo que hubo la necesidad de realizar ajustes al ordenamiento jurídico andino (que recordemos tiene el carácter de régimen común frente a terceros). Tales son los casos de la compensación por retrasos irrazonables en la concesión de una patente; los plazos de protección de los datos de prueba; la protección de las señales portadoras de programas, transmitidas por satélite; entre otras.

Primera estrategia ofensiva y de inclusión: biodiversidad y conocimientos tradicionales

Sería injusto no reconocer que el *plus* que se alcanzó en el APC Perú-Estados Unidos, respecto de las exigencias del Adpic, también fue producto de una estrategia ofensiva más amplia del Perú en el marco de la negociación, no solo vinculada, como dijimos, a equilibrios de carácter transversal a todo el acuerdo, sino al propio campo de la PI.

Mientras que los países industrializados buscan ampliar del concepto de patente o extender su



tiempo de protección, países como el nuestro anhelan la protección de la biodiversidad, de los conocimientos tradicionales o la protección del folclor; aspectos que no fueron contemplados en el Adpic.

Se calcula que un porcentaje mayoritario de la población mundial depende de remedios herbolarios tradicionales y que varios miles de especies vegetales presentan potencial para uso medicinal. En ese contexto, algunos estiman que las pérdidas por biopiratería de los países ricos en biodiversidad son mayores incluso que las pérdidas por piratería en otros campos de la PI que sufren los países industrializados.

Las pérdidas por biopiratería responden a que el conocimiento en el manejo de la biodiversidad, que es transmitido de generación en generación, suele ser utilizado sin permiso y sin contraprestación alguna, por parte de representantes de compañías privadas y universidades de países desarrollados (que pueden ahorrar ingentes cantidades de dinero en investigación). Así, en más de una ocasión, especies de plantas nativas del Perú (como ayahuasca, yacón, maca, sacha inchi, tara y otros), sus componentes o aplicaciones han sido patentadas en economías industrializadas (Estados Unidos, Francia, Japón, Taiwán, etcétera), sin que dicha patente haya generado beneficios para las comunidades nativas e indígenas.

De ahí el éxito de haber incluido en el APC Perú-Estados Unidos la obligación de informar a la autoridad respecto del uso de conocimientos colectivos utilizados para el desarrollo de inventos, además de exigir como requisito de patentabilidad la suscripción de un contrato con la



comunidad que brindó el conocimiento (en el cual se debe pactar el pago de regalías), cuya omisión acarrearía la nulidad de la patente. Esto debería contribuir al desarrollo de los pueblos del Perú y fomentar un mayor nivel de inclusión.

Afortunadamente, el APC Perú-Estados Unidos no es una herramienta jurídica aislada. En el año 2004, mientras se iniciaban las negociaciones de ese mismo acuerdo, un grupo de trabajo especial establecido en el marco del Convenio sobre la Diversidad

Biológica (CDB), que se encontraba en vigor desde 1993, recibió el mandato de negociar un régimen internacional sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización.

El resultado de dicha negociación se produjo en el 2010 con el Protocolo de Nagoya. La entrada en vigor de este protocolo sin duda traerá efectos en cualquier negociación futura en el marco de la OMC, particularmente en lo que refiere al Adpic y el Consejo respec-

tivo, siempre a la luz del Principio de Integración Sistémica reconocido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un tratado deberá interpretarse conjuntamente con el contexto y con “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes” (art. 31.3.c).

Cabe recordar lo señalado por el entonces director general de la OMC, Pascal Lamy (2006), cuando sostuvo que, si bien el derecho de la OMC es un ordenamiento jurídico integrado y especial, “se articula con los sistemas jurídicos de las demás organizaciones internacionales dentro del orden jurídico internacional”, y tiene en cuenta las demás normas del derecho internacional, sin que medien relaciones de superioridad o jerarquía entre las mismas y el ordenamiento jurídico de la OMC.

En ese marco, cobra relevancia la existencia de acuerdos comunitarios regionales como la Decisión 391, Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos de la CAN; cuyo correlato normativo interno ha sido desarrollado en las leyes N.º 26839 (Ley sobre la Conservación y el Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica), N.º 27811 (Ley que Establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Vinculados a los Recursos Biológicos) y N.º 28216 (Ley de Protección al Acceso a la Diversidad Biológica Peruana y los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas).

La última de estas leyes creó una Comisión Nacional Contra la Biopiratería (presidida por el Indecopi) que en más de una ocasión ha intervenido ante las autoridades en otros países para formular oposiciones o solicitar

la nulidad del registro de patentes vinculadas a productos cuya aplicación forma parte de los conocimientos colectivos nacionales.

Para llevar a cabo estas acciones, la Ley N.º 27811 creó un registro de conocimientos colectivos vinculados a recursos biológicos a través de la cual las autoridades extranjeras pueden detectar que determinada invención no cumple con ser *novedosa* (porque ya se encuentra en el estado de la técnica)¹ y, por lo tanto, no cumple con una condición básica exigida por el Adpic para acceder al patentamiento.

En este punto, ¿por qué no pensar en un sistema internacional de linkage entre patentes y conocimientos tradicionales? En otra oportunidad estaremos elaborando un poco más sobre esta idea, no muy distinta en su concepción de algunos intentos de vincular los registros de patentes con los registros sanitarios, a fin de evitar que se otorgue (o se suspenda) la autorización sanitaria de un producto farmacéutico que hace uso de una patente aún en vigencia.

Además de los desarrollos ya citados de la CAN, existen otros procesos en la región que han incorporado dentro de su agenda el tratamiento de estos temas, como la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), que en 2017 presentó a sus países miembros los resultados de sus trabajos sobre:

- La elaboración de un Inventario Modelo de Conocimiento Ancestral vinculado a Recursos Genéticos de los países miembros de ALADI.
- La elaboración de un Diagnóstico Acerca del Marco Regulatorio y Prácticas Contractuales en Materia de Distribución de Beneficios Derivados

de la Utilización de Recursos Genéticos y Conocimientos Tradicionales de los Países Miembros de ALADI.

Ambas iniciativas, aún sujetas a consideración interna de los países de ALADI, se orientan al mejoramiento de la cooperación en estas materias, pero su objetivo final es apuntar hacia una plataforma regional capaz de asegurar que los beneficios de la utilización de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional sean disfrutados por todos los actores involucrados, que muchas veces incorporan a poblaciones o sectores endémicamente excluidos dentro de nuestras economías. De igual modo, experiencias exitosas y de nuevo cuño como la Alianza del Pacífico deberían también incorporar este tipo de asuntos dentro de su agenda.

Segunda estrategia ofensiva y de inclusión: transferencia de tecnología y construcción de capacidades

Otra línea de acción que podría ser tomada en cuenta dentro de una estrategia ofensiva del uso de la PI para el desarrollo y la inclusión podría pasar por aplicar ciertas disposiciones del Adpic que no han merecido suficiente atención. En particular, nos referimos a los artículos 66.2 y 67 del acuerdo, en virtud de los cuales se pueden lograr acciones concretas respecto de los compromisos de transferencia de tecnología

¹De ahí la bondad de los inventarios o registros del conocimiento ancestral, que permiten superar la barrera erigida por algunas legislaciones (emblemáticamente, la estadounidense) que no reconocen como parte del estado de la técnica a los conocimientos tradicionales transmitidos de manera oral fuera de su territorio, sino únicamente lo que se encuentra documentado.

y construcción de capacidades. El artículo 66.2 no ha encontrado un espacio relevante para su aplicación efectiva, pues nadie comparte gratis su tecnología. Existen algunos estudios que señalan que la implementación de esta prescripción normativa ha sido, cuando menos, insuficiente en diversas áreas. En cambio, el artículo 67 podría ser una oportunidad interesante para acceder a cooperación técnica y financiera a favor de nuestras autoridades nacionales, lo que nos permitiría reorientar el presupuesto de dichas entidades hacia fines de promoción de tecnología. La aplicación de este artículo podría ser, al mismo tiempo, bastante tentadora para los países industrializados, toda vez que les ofrece un mayor fortalecimiento de las normas de PI.

Tercera estrategia ofensiva y de inclusión: indicaciones geográficas de origen regional

Una tercera línea de acción, ciertamente más polémica, atiende al hecho de que algunas expresiones culturales cuentan un gran potencial económico, que muchas veces son compartidas por más de un país, por lo que son igualmente susceptibles de generar estrategias compartidas o conjuntas. Recordemos que, en países como los nuestros, con herencia y pasado comunes, el adiestramiento agrícola milenario es anterior y no conoce de fronteras contemporáneas. Bajo ese esquema, ¿por qué no considerar “camote de los Andes”, “papa del Tahuantinsuyo” o “quinua del Altiplano” como indicaciones geográficas de origen regional? Esta idea, aunque sugerente, no deja de ser política y jurídicamente desafiante; y, además, presenta más dudas que respuestas. ¿Cuál sería el Estado titular de la denominación? ¿Todos los involucrados bajo un

esquema de cotitularidad? ¿Quién declara la denominación de origen?; y, en todo caso, la declaración de uno de los Estados ¿puede tener efectos sobre territorio ajeno? Si la respuesta es negativa, ¿cómo trascender las fronteras para que la denominación tenga alcance regional? ¿Debería suscribirse un tratado especial? ¿Modificar la norma comunitaria y admitir que la declaración sea efectuada por la Secretaría General de la CAN? Asimismo, en lo que respecta a la aplicación de criterios para conceder autorizaciones de uso a los productores que quieren usar la denominación de origen o, para imponer sanciones a quienes la utilizan sin estar autorizados, ¿estarían debidamente armonizados de modo tal que se garantice la homogeneidad del producto por denominar? La autorización de uso concedida por un Estado, ¿podría ser revocada por otro? ¿Debería formarse un Consejo Regulator administrado por todos los países involucrados? Y una vez despejadas estas dudas, desde un punto de vista global, ¿la denominación de origen regional podría acceder al sistema de Lisboa? Recordemos que el Arreglo de Lisboa² alude a un país, o región o localidad de dicho país. Asimismo, dado que el Perú es el único Estado de la CAN que forma parte del acuerdo, ¿una denominación de origen regional podría acceder al sistema o solo alcanzaría a la zona geográfica que le corresponde al Perú?

²El sistema de Lisboa se asienta sobre el Arreglo de Lisboa Relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen y su Registro Internacional (o Arreglo de Lisboa), el cual fue adoptado en 1958 y revisado en Estocolmo en 1967. El tratado está en vigor desde el 25 de septiembre de 1966 y se encuentra bajo la administración de la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), que mantiene el Registro Internacional de Denominaciones de Origen. El gran beneficio del tratado es que facilita la protección de las denominaciones de origen en otros países gracias a un único procedimiento de registro. El Perú se adhirió el 16 de febrero de 2005 y entró en vigor el 16 de mayo del mismo año.



Tal vez, el instrumento jurídico internacional que podría servir para solucionar algunos de los asuntos antes planteados sea el Acta de Ginebra del Arreglo de Lisboa relativo a las Denominaciones de Origen y las Indicaciones Geográficas,³ el cual reconoce la posibilidad de presentar una solicitud conjunta en caso la indicación geográfica sea originaria de una zona transfronteriza y conforme al acuerdo que las partes hayan alcanzado.

Sin perjuicio de todos estos aspectos, antes de considerar una agenda externa en esta materia, nuestros países deben satisfacer primero su agenda interna: actualmente, existen ciertas circunstancias que limitan los beneficios de este instrumento de PI aún subutilizado en nuestro medio. Por ejemplo, la falta de vocación asociativa de los productores, la posible interpretación de una nueva norma por la cual para obtener una autorización de uso es necesario formar parte de un consejo regulador,⁴ la debilidad institucional de los consejos reguladores que sí existen, entre otros. Todo esto, sin mencionar ciertos aspectos medioambientales, como el cambio climático, que también pueden afectar la homogeneidad de los productos en el tiempo, en tanto ya no serían capaces de alcanzar las características técnicas propias de su lugar de origen. Por ejemplo, el maíz blanco gigante del Cusco, eventualmente podría no alcanzar el tamaño que debería según el expediente técnico.



⁴Pese a no existir una exigencia directa en este sentido, cabe la posibilidad de que surja dicha interpretación (ciertamente debatible) a partir de la emisión del Decreto Legislativo N.º 1309, que modifica el artículo 91 del Decreto Legislativo N.º 1075 en el sentido de que son los productores asociados al Consejo Regulador los que pueden obtener la autorización de uso; y, a su vez derogó el último párrafo del artículo 3, Ley N.º 28331, Ley Marco de los Consejos Reguladores de Denominaciones de Origen, que admitía la posibilidad de que los "productores que no pertenezcan a la asociación civil que fuera autorizada para funcionar como Consejo Regulador podrán utilizar la denominación de origen correspondiente".

César Llona
Docente de la Carrera de
Negocios Internacionales
Universidad de Lima
Maestría en Comercio
Internacional e Integración
Universidad de Montevideo

Alfredo Lindley-Russo
Maestría en Derecho de la
Propiedad Intelectual y de la
Competencia
Pontificia Universidad Católica
del Perú

ALIANZA BLOQUE DEL PACIFICO ECONOMICO

PERU CHILE MEXICO COLOMBIA



PBI (2017)
US\$ 1947
 mil millones
3.03%
 crecimiento PBI 2017
US\$ 17.720
 PBI per cápita PPP2017

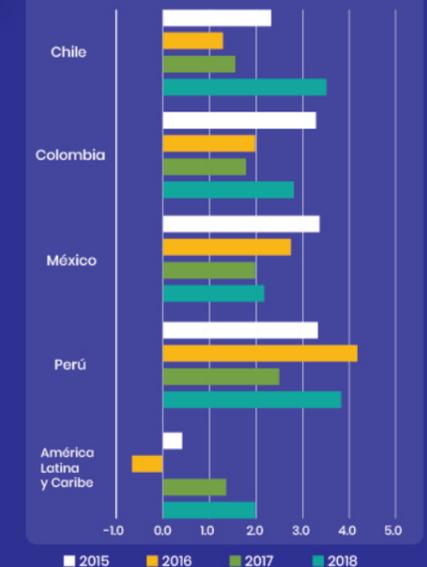
COMERCIO
US\$ 561
 mil millones
 (exportaciones 2017)
US\$ 583
 mil millones
 (importaciones 2017)

**INVERSION
 EXTRANJERA**
US\$ 59
 mil millones
 (IED 2017)

EVOLUCIÓN PBI PER CÁPITA



TASAS DE CRECIMIENTO PBI



**PERU CHILE MEXICO
 COLOMBIA**
**CONECTADOS CON
 EL MUNDO**