

LOS ADPIC PLUS EN LOS ACTUALES TRATADOS BILATERALES IMPULSADOS
POR ESTADOS UNIDOS Y CONSECUENCIAS EN LOS PAÍSES EN DESARROLLO

*THE TRIPS-PLUS IN BILATERAL AGREEMENTS BOOSTED BY UNITED
STATES: CONSEQUENCES FOR DEVELOPING COUNTRIES*

Mikel Gómez Uranga
Universidad del País Vasco
eupgourm@bs.ehu.es

María del Socorro López Gómez
Universidad de Antioquia
socolopez@yahoo.es

Andrés Araujo de la Mata
Universidad del País Vasco
andres.araujo@ehu.es

Recibido: febrero de 2008; aceptado: septiembre de 2008

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 (OMC). Este artículo examina la distancia aparente que existe 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 "ADPICS 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 de los países pobres.

Palabras clave: OMC; ADPIC; ADPIC Plus; CBD; Patentes; Tratados bilaterales de Libre Comercio; TLC.

ABSTRACT

The Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs) is often described as one of the three pillars of the World Trade Organization (WTO).

This paper examines the apparent lack of agreement between the two major international instruments; namely TRIPs and the Convention on Biological diversity (CBD). The Trips agreement defines minimum standards of protection for intellectual property rights (IPRs). This paper argues that current forms of bilateralism on IP has negative consequences for developing countries because the “TRIPs Plus” in bilateral agreements, undermine implementation of Doha declaration on TRIPs and Public Health, traditional knowledge, and biodiversity in poor countries.

Keywords: WTO; TRIPs; TRIPs Plus; CBD; Patents; Bilateral Free Trade Agreements.

Clasificación JEL: F13.

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. Aspectos 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. Se deja de lado el papel de la ONU, que intentaba armonizar o compensar las desigualdades que se generaban en las negociaciones y tratados entre los países desarrollados y los países pobres promoviendo un mínimo de principios éticos y de justicia. Con la OMC y los ADPIC se da paso abierto al paradigma de la liberalización comercial como vector hegemónico de las nuevas relaciones internacionales, incluida la distribución y uso del conocimiento mediante los Derechos de Propiedad Intelectual (DPI).

Aunque el debate académico sobre la privatización del conocimiento, argumentada por sus detractores y defensores con fundamentos filosóficos y estudios empíricos, ha sido muy extenso, después de una revisión representativa de la literatura al respecto (Nelson, 2004; Nelson y Winter, 1982; Cohen, Nelson, y Walsh, 2002; 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 sigue vigente y que las conveniencias de protección o apertura de los sistemas y las leyes en derechos de propiedad intelectual (DPI) dependen del contexto económico de cada país; es decir, que las condiciones de desigualdad económica y social entre los países implica que deben tomarse medidas diferenciadas. Pero,

irreversiblemente, se avanza en un proceso de homogenización a través de convenios y tratados¹ liderado por los países desarrollados, especialmente por Estados Unidos, en condiciones asimétricas de negociación.

En la actualidad, la OMC y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)², llevan a cabo iniciativas conjuntas para apoyar a los países en desarrollo en el ajuste de sus legislaciones y de sus sistemas operativos en materia de propiedad intelectual, en conformidad con el acuerdo de la OMC: los ADPICs. Pero además y de manera incisiva, la OMC viene conminando a países emergentes como China, India y Brasil a endurecer sus sistemas de derecho de propiedad industrial.

Los países en desarrollo, como son los casos de Costa Rica, Panamá, Salvador, Colombia, Perú, Ecuador, entre otros, con baja capacidad de negociación, terminan firmando contratos de adhesión, como se ha dicho, renunciando a su autonomía para controlar sus propios recursos, pues por una parte, restringen su soberanía al liberalizar los regímenes de acceso a material biológico y la protección del conocimiento tradicional, colocando en riesgo uno de sus recursos estratégicos de desarrollo: la biodiversidad³. Por otra parte, se endurecen las leyes de derecho de propiedad intelectual haciendo extensivas las patentes a productos y procedimientos que permiten ser excluidos por la Organización Mundial del Comercio (OMC) en los Acuerdos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio –ADPIC (TRIPs por sus siglas en inglés)⁴ –. Adicionalmente, en estos tratados también se les exige a los países

¹ Convenio de París (1883), Convenio de Berna para obras literarias y artísticas (1886), ADPIC (TRIPs por sus siglas en inglés) (1994), Tratado de Cooperación en materia de Patentes – PCT (1970 y 2000), Tratados de Libre Comercio (Desde 2001 el TLC de EE.UU. - Jordania, hasta la fecha pendiente por ratificar TLC entre EE.UU. - Colombia).

² Después del Convenio de París (1883) para la protección de la Propiedad Industrial y del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, se crearon las Oficinas Internacionales Reunidas para la Protección de la Propiedad Intelectual (más conocidas por su sigla en francés BIRPI), las cuales se encargaron de funciones administrativas y de gestión de la propiedad intelectual en el plano internacional, éstas fueron evolucionando y constituyeron la base para la creación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la cual se crea mediante el convenio de Estocolmo en 1967 y se establece en 1970 como un organismo especializado de la ONU, con la función específica de ocuparse de los asuntos de propiedad intelectual que le encomendaran los Estados miembros de las Naciones Unidas. Hoy la OMPI con funciones mucho más amplias, administra 24 tratados internacionales, armoniza la legislación en materia de propiedad intelectual (La OMPI fue la promotora de los ADPIC y del PCT), presta servicios de tramitación internacional, presta asesoría técnico - jurídica, soluciona controversias, entre otras funciones relacionadas con la propiedad intelectual de los países miembros (ver <http://www.wipo.int/treaties/es/general/>).

³ Según la Organización Mundial de Comercio (OMC) el intercambio global de productos naturales en 2005 fue de 65 millones de dólares y su demanda va en aumento. De acuerdo con el ranking manejado por la OMC, Brasil es el primer país en biodiversidad, seguido por Colombia. Disponible en: http://www.pymesetb.com/detalle_noticia.asp?id_not=3241 (enero 2007). Sin embargo, estos países ricos en biodiversidad están expuestos a alta biopiratería, pues dicho material es explorado, extraído y analizado en los laboratorios para luego patentar las sustancias activas del material extraído, los genes, o los usos derivados del conocimiento tradicional de las comunidades.

⁴ Los ADPIC en su artículo 27 deja libertad a los países para que en sus legislaciones excluyan de las patentes las plantas, animales, también los procedimientos diagnósticos, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de humanos y animales.

en desarrollo levantar las salvaguardas para medicamentos (importaciones paralelas y licencias obligatorias), que tanto en la declaración de Doha como en la OMC se establecieron teniendo en cuenta la vulnerabilidad de estos países en aspectos de salud pública, pero que además pueden ser usados por los países desarrollados, entre ellos Estados Unidos. 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.

El primer hito de homogenización se da con el Convenio de París (1883) para la protección de la propiedad intelectual, pero la evolución que tuvo la propiedad industrial durante el siglo XX, integrada al comercio de intangibles, servicios y mercancías, generó una complejidad del comercio internacional, el cual se fue regulando en acuerdos normativos multilaterales y concesiones arancelarias denominadas GATT (1947), hasta la "Ronda de Uruguay" (VIII negociación del GATT), de la cual surgieron los ADPIC (1994) y la OMC (establecida en 1995). En la actualidad la OMC está integrada por 125 países; en materia comercial es el órgano que marca las directrices, esencialmente por contratos que obligan a los gobiernos a mantener sus políticas comerciales dentro de los límites convenidos (López et ál. 2006).

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 y en especial de EEUU 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 Derechos de Propiedad Intelectual.

Pese a esta 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 algunas puertas abiertas que únicamente pudieron aprovechar algunos países en desarrollo, que tenían una capacidad mínima de absorción tecnológica y unas industrias en un aceptable nivel de competitividad así como unas claras estrategias de desarrollo respaldadas por una posición política férrea de sus gobernantes (López et ál. 2006)⁵.

⁵ Sólo algunos países como India y Brasil entre muy pocos, pudieron aprovechar las pocas flexibilidades de los ADPIC, porque aún sin terminar de evaluar el efecto de este acuerdo, en menos de un decenio, EE.UU. y la UE rápidamente entraron a impulsar una ola de Tratados de Libre Comercio (TLC) bilaterales, que van en contra de los acuerdos de integración regional y los tratados multilaterales. Es el caso de los TLC de EE.UU. con Colombia y Perú, que en materia de propiedad intelectual, va en contra de la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena de la Comunidad Andina de Naciones, respecto a las patentes de microorganismos, plantas, animales, seres vivos en general y la obligatoriedad de demostrar el cumplimiento de las normas y acuerdos de acceso a material biológico y material genético cuando se solicitan patentes que han hecho uso de dichos recursos.

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 de 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 todos aquellos países que adoptan unas normas legales ceñidas a las resoluciones redactadas por la OMC para la propiedad intelectual: la generación de externalidades como consecuencia de las transferencias tecnológicas inducidas por la “armonización” de los derechos de propiedad llegaría a todos los confines del planeta. La ausencia de un entramado homologable de leyes de patentes en un país opera como una barrera no tarifaria para el comercio, impidiendo el flujo de importaciones de mayor contenido tecnológico hacia ese país. La no adopción de aquellas normas armonizadoras supondría para cualquier país ponerse en un lugar “fuera de mercado” por donde no pasarían los caminos del progreso.

Autores como Panagariya (1999) y Maskus (2002) demuestran que los supuestos razonados en los anteriores párrafos, distan notablemente de ser realistas. Todas las teorías sobre el progreso de las tecnologías que se presentan desde mediados del siglo XX parten del reconocimiento de que la difusión de las innovaciones descansa en los procesos de imitación. Esta última puede ser más creativa como entienden los post-schumpeterianos, o más automática como se entiende en el modelo estándar de Mansfield (1961)⁶.

⁶ El modelo estándar de Mansfield (1961) fue el primer modelo económico de análisis de los procesos de difusión tecnológica. Este modelo, como evolucionista que es, se basa en parte en la forma como se propagan los virus, por ello también es llamado modelo epidémico, en el cual la

Pero, en cualquier caso, la imitación en sus diferentes variedades es el único camino de avance sobre todo en ciertos estadios de desarrollo. La transición de Japón en las décadas de los 50 y 60s del siglo XX, hasta llegar a constituirse como una de las potencias tecnológicas del mundo, no se podría entender sin la existencia de una deliberada política en la que se utilizaba estratégicamente una combinación de licencias negociadas con empresas occidentales y un reforzamiento de la estructuras industriales y educativas propias. Pero toda esta evolución se asienta sobre la capacidad de imitación que demostró la industria japonesa (Bernstein y Mohn, 1998).

Por el contrario la aplicación de los ADPIC no favorece la imitación; no es casualidad que sean industrias de contenidos fácilmente copiables como la farmacia y el *software*, las que han contribuido al impulso de los ADPIC entre cuyos objetivos se encuentra el impedir la imitación en las industrias locales (Maskus, 2002). “*El sistema pre-Adpic legitimaba que existieran ciertos y determinados sectores tecnológicos que pudieran quedar al margen de la protección por medio de patentes*” (Roffe y Santa Cruz, 2006: 69).

La exigencia de ampliar el período de vigencia de las patentes, impide a las economías del sur tomar un respiro en el tiempo para poder desarrollar tecnologías propias dentro del paradigma tecnológico actual. Además desde la perspectiva económica crece la dependencia de las importaciones de productos de contenidos tecnológicos de precios más elevados, lo que se traduce en una transferencia de rentas de aquellos países hacia los del norte (Panagariya, 1999). El reforzamiento de la propiedad de las patentes a través de los ADPIC ha tenido como consecuencia el crecimiento significativo de los activos de las empresas de procedencia de Estados Unidos, en Brasil, Chile, México e Indonesia (Maskus, 2002).

Hoy en día, el capítulo en donde se proyecta de manera nítida la imitación es el de “la producción de genéricos”. En este caso los ADPIC dificultan que los países del sur accedan a unas industrias de genéricos totalmente emancipadas. De hecho, “*los ADPIC socavan los genéricos*” (Drahos et ál. 2004: 243), pero además se demuestra que en los países de fuertes regímenes de patentes los medicamentos genéricos son más caros como propician los ADPIC (Panagariya, 1999).

Los impactos más destacados de una importación de productos de tecnologías avanzadas se observan precisamente en países que presentan fuertes capacidades de imitación como son Brasil, India, Argentina, etc. (Maskus, 2002: 57). La gestión de derechos de propiedad puede propiciar el desarrollo de la innovación y el crecimiento de las actividades empresariales, pero no parece razonable pensar que eso sea posible en aquellos países en

difusión se plantea como el resultado de la velocidad de transmisión de la información (entendida ésta como la comunicación de un usuario a otro no usuario de la existencia de la nueva tecnología) (Mansfield, 1961; Griliches, 1957). Por lo tanto, la difusión de nuevas tecnologías económicamente superiores es un proceso gradual. Generalmente, el número de usuarios que adoptan una tecnología se pueden representar mediante una función logística en forma de S respecto al tiempo.

los que no existe una capacidad de utilizar sus recursos propios en una dosis importante de autonomía. En ese sentido, la imposición “universal” de los ADPIC no es un buen camino para lograr unas mejores condiciones de las poblaciones de los países en desarrollo.

Los partidarios de los ADPIC reconocen como un axioma la homogenización: debilitar o restringir la protección de cualquier patente significa una mala práctica por parte de los legisladores; como por ejemplo cuando en un momento dado la “Indian Patent Act” (The Gazette of India, 2005) contempló la reducción del plazo de la patente de 16 a 14 años, o la exigencia de que los tenedores de licencias o de patentes tuvieran que presentar informes periódicos sobre el funcionamiento de las invenciones, o en casos excepcionales la toma de licencias sin compensación económica alguna. No se deberá olvidar las necesidades sanitarias de aquel país, o la destrucción de sectores productivos autóctonos en el caso de que se fomentase, sin control, las importaciones de muchos productos, sustancias y servicios.

Sin embargo, la lógica de los ADPIC tiene exclusivamente una dirección que es reforzar la protección buscando unos estándares más altos y nunca más bajos en esa materia. No siempre ha ocurrido lo mismo, así por ejemplo, Alemania y Reino Unido en el primer cuarto de siglo XX cambiaron sus leyes de patentes para impedir que se pudieran patentar ciertos componentes químicos (Drahos, 2005a).

Como hemos observado en páginas anteriores, la creación de mercados sobre la base de los derechos de propiedad intelectual se encuentra vinculada a un mar de negociaciones y a numerosos trade-offs donde se contraponen en ocasiones intereses nacionales y exigencias de la otra parte, representada por los negociadores del gobierno de Estados Unidos. Existen muchos apoyos morales y legales a través de los cuales se podrían formular estrategias negociadoras por parte de los países en desarrollo. Una vía legal es la que obliga (según el acuerdo de los ADPIC) a los países industriales a proporcionar cooperación técnica y financiera a los países en desarrollo. No se trata exclusivamente de reformar las leyes de la propiedad intelectual para extender el ámbito del negocio de las patentadoras; se trata de ayudar a esos países a la mejora de sus competencias científico-técnicas, a la construcción de instituciones que permitan gestionar y monitorizar los acuerdos sobre propiedad intelectual, y también poder capturar por parte de los países del sur, los beneficios económicos y sociales derivados de una evolución en la economía y en la sociedad del conocimiento (Braga et ál. 2000).

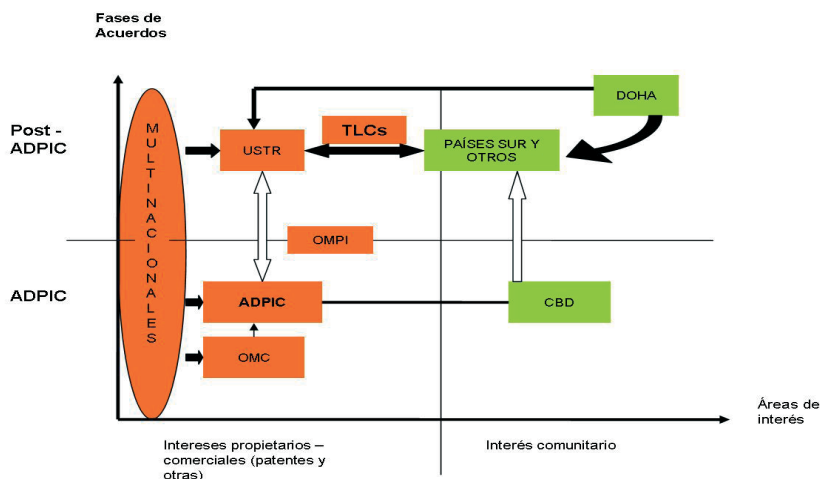
3. DE LOS ADPIC A LOS ADPIC Plus

De la armonización que han supuesto los ADPIC se pasa a una mayor intensificación de los principios de protección a través de los Tratados de Libre Comercio (TLC). Estos últimos dan un paso adelante en lo que se refiere por ejemplo a la patentación de organismos vivos. El esfuerzo realizado por EEUU

no se ha centrado solamente en la promoción de acuerdos multilaterales, y en la celebración de acuerdos bilaterales (ADPIC Plus), sino también en medidas como la iniciativa: “Strategy Targeting Organized Piracy” de 2004. Todo lo anterior constituye la trilogía básica de EEUU para armonizar los DPI y perseguir la piratería como intento de proteger sus propios derechos. (Roffe y Santa Cruz, 2006).

En el siguiente gráfico podemos ver de manera sintética una panorámica de la evolución internacional, en los últimos decenios, de los derechos de propiedad intelectual y particularmente de las patentes.

GRÁFICO 1: PANORAMA DE LA EVOLUCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DPI



Fuente: Elaboración propia.

Proyectamos una perspectiva con dos ejes: en uno representamos las dos principales fases de los acuerdos más relevantes sobre la materia, la era ADPIC y la más cercana, post-ADPIC. En el otro eje plasmamos las áreas de intereses que mueven a las partes en las negociaciones que mantienen una de ellas (las propietarias de los derechos), motivadas por razones comerciales, y la otra parte, movida por intereses comunitarios o colectivos, sin embargo, los representantes de los países del Sur como se observa en el gráfico, pueden estar movidos por ambas razones. La USTR como vector que representa a las partes propietarias se erige como interpretador 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 Convenio de Biodiversidad (CBD), cuya adecuación a las ADPIC es controvertida.

La masa crítica de los litigios que existen internacionalmente que se relacionan con la propiedad intelectual, son la consecuencia de un 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 USTR (United States Trade Representative); a través de él se interponen las demandas hacia países que no cumplen con la normativa contemplada en los ADPIC. Precisamente ha sido Estados Unidos el país que más litigios ha interpuesto desde que se hacen efectivos los ADPIC (Sell, 2003). En esencia los litigios se interponen por entender que algunos comportamientos pueden vulnerar los acuerdos de los ADPIC. A ciertos países se les concedió en su día prórrogas para que pudieran adaptar sus legislaciones sobre propiedad intelectual a los ADPIC. Uno de los casos más conflictivos fue el de India, a la que se le concedió el que pudiera adaptarse en el 2005. Ese poblado país 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 India ha venido utilizando un modelo de patentación de hecho más fundamentado en procedimientos administrativos, que un desarrollo legislativo homologable con los demás países (Sell, 2003).

El cambio cualitativo más destacado que estamos analizando en estas páginas es la tendencia a desviar los litigios desde el marco de la OMC a las negociaciones bilaterales de Estados Unidos con el país correspondiente. En esa lógica se inserta el acuerdo entre Brasil y Estados Unidos en junio del 2001 para promocionar la cooperación sobre el sida. En esa situación Estados Unidos censuraba el comportamiento de Brasil por utilizar leyes para presionar a los propietarios de patentes para que realizaran la producción de sus invenciones en el propio Brasil. Esa decisión contravenía el artículo 27.1 de los ADPIC por el que las patentes pueden ser utilizadas sin ninguna discriminación, lo que significa que la patente obliga tanto si el producto es importado como si es producido localmente. El acuerdo que se logró en las negociaciones fue que Brasil comunicara con el suficiente adelanto a Estados Unidos la decisión que podría tomar (USTR, 2001).

En los últimos años se consolida ese desvío hacia la bilateralidad. 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). Esa lista indica que aquel país al que se le coloca 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, que las justificarán como que son las necesarias para adecuarse a los ADPIC.

En los últimos tiempos, las presiones del gobierno de Estados Unidos han tenido efectos notables. Se puede decir que han logrado desactivar una parte de los problemas más agudos con los que se enfrentaban en países como Argentina, Brasil, etc., pero aun así, todavía permanecen contenciosos importantes con inmensos países como Rusia y China. Aunque en el informe citado se reconoce que la mayoría de los países han mejorado en su situación con respecto a los cambios y reformas referentes a las leyes de la propiedad intelectual en su adaptación a los ADPIC, sin embargo todavía permanecen 47 países bajo vigilancia.

4. IMPLICACIONES DE ALGUNOS TRATADOS BILATERALES EN LA SALUD PÚBLICA Y EN LA BIODIVERSIDAD EN LOS PAÍSES EN DESARROLLO

Diversos análisis realizados sobre los TLC en materia de derechos de propiedad intelectual, coinciden en los efectos negativos en áreas como: salud pública, biodiversidad, conocimiento tradicional y acceso a nuevas tecnologías.

Según la Organización Panamericana de la Salud (OPS, 2004), por cada año que se alarguen las patentes en países como Colombia o Perú, perderán el acceso a los medicamentos más de 2.5 millones de personas en cada país. En el mismo informe se concluye que la restricción al uso de la Denominación Común Internacional (DCI) en el TLC Colombia-EE.UU. tendrá un impacto sanitario en el acceso a medicamentos para cerca de 430.000 personas. Otro informe de Cortés (2006) plantea que el impacto del TLC en Colombia para el año 2020 puede alcanzar una pérdida de participación de la industria nacional, producto de la mayor exclusividad en el mercado de un 28% y no incrementar el gasto en salud significaría una reducción del consumo del 18%. Zerda (2004), sobre este mismo país, dice que el TLC EE.UU.-Colombia puede generar una pérdida de bienestar de la población en US \$ 2.667 millones, ocasionada por el incremento en los precios de los medicamentos. Este mismo autor, basado en el informe del Departamento de Farmacoterapia de la CCSS⁷, muestra entre los efectos del TLC de EE.UU.-Costa Rica, una pérdida del 81% de la cobertura de medicamentos con el mismo presupuesto.

Respecto al impacto negativo en la biodiversidad, Cano (2005), basado en un informe de la ONU del 2003, dice que el valor anual de plantas y animales de países tropicales empleados por la industria farmacéutica supera los 20 mil millones de dólares anuales y la organización Christian Aid, ha calculado que de este total, al Tercer Mundo la biopiratería le cuesta 4.500 millones por año (Cano, 2005). Estados Unidos busca mantener su legislación sobre el tema, en la que las invenciones biotecnológicas no necesitan para su registro, la declaración de origen de los recursos biológicos, genéticos o

⁷ Caja Costarricense de Seguro Social.

de conocimientos tradicionales y no obliga a divulgar el país de origen del recurso o el conocimiento. La CAN exige en su legislación estos requisitos para otorgar la patente e incluso es causa de revocación si la patente se adquiere sin demostrarlos.

Vivas (2005), resume en tres los problemas que se desprenden de la legislación internacional y principalmente de las negociaciones en los Tratados bilaterales de libre comercio en materia de patentes y de su relación con la biodiversidad: el primero es que las patentes se otorgan siempre que se cumplan sus requisitos de novedad, no obviedad y utilidad (aplicación industrial), sin considerar si los recursos biológicos o genéticos fueron adquiridos legalmente, permitiendo la biopiratería. El segundo problema se presenta con la renuncia de los países a no admitir las patentes sobre microorganismos, teniendo en cuenta que la mayoría de la biodiversidad está en estos microorganismos y no sólo en las plantas y animales; y, el tercer problema tiene que ver con los mismos mecanismos del proceso de patentación, para verificar si se han utilizado recursos genéticos de manera legal en la obtención del producto patentable.

En este artículo enfocamos nuestro objetivo hacia los TLC firmados por EEUU y otros países principalmente del área americana; aunque también existen otros acuerdos bilaterales con la Unión Europea, éstos no son tantos y sus pretensiones por lo general siguen las de Estados Unidos o son menores. En el caso de Chile, por ejemplo, en lo que se refiere a la propiedad intelectual, el tratado con la Unión Europea tiene un carácter complementario, ya que más que imponer nuevos estándares de protección se limita a incorporar la normativa multilateral existente.

Estados Unidos en los TLC busca, por un lado, homologar las legislaciones de los países en desarrollo a su legislación en asuntos que amplían el campo (*scope*) de la patente, así como el tiempo de vigencia de la patente pero, por otro lado, presiona a la contraparte a renunciar a medidas de tipo político que le permiten una relativa y ya disminuida autonomía después de los ADPIC, en la gestión de los Derechos de Propiedad Intelectual. Por ejemplo, respecto al alcance de la protección, muchos países contemplaban el requisito de la actividad inventiva y de aplicación industrial y éste se ha cambiado o se ha incluido en la negociación la obligatoriedad de interpretarlos por los criterios de “no obviedad o no evidentes” versus actividad inventiva y el de útil “*useful*” versus aplicación industrial, tal como lo contempla Estados Unidos en sus evaluaciones de patentes, ampliando así sustancialmente el ámbito de patentabilidad (Levis, 2005).

Sin embargo, tal como se planteó antes, las imposiciones para ampliar el ámbito de patentabilidad rompen acuerdos regionales preestablecidos, como es el caso de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), con el Acuerdo de Cartagena y su Decisión 486, la cual basada en los ADPIC, establecía ciertas limitaciones entre otras cosas a la posibilidad de patentar, por no considerarlas como invenciones los descubrimientos y el todo o parte de seres vivos tal

como se encuentran en la naturaleza. Adicionalmente, el Art. 20 de la misma decisión (Artículo 27 apartado 1 y 2 flexibilidad de los ADPIC), excluye las siguientes invenciones de la posibilidad de ser patentadas:

- Las invenciones contrarias al orden público, a la moral, o a las buenas costumbres;
- Las invenciones cuya explotación comercial deba impedirse necesariamente para proteger la salud o la vida de las personas, animales, vegetales y en general el medio ambiente.
- Los animales y plantas y los procedimientos esencialmente biológicos para su obtención;
- Los métodos terapéuticos o quirúrgicos para el tratamiento humano o animal, así como los métodos de diagnóstico aplicados a éstos.

Con esta reglamentación la CAN creó un equilibrio entre el bien público y privado, reconociendo que los recursos genéticos tal como están en la naturaleza (incluyendo sus derivados) no son patentables; sin embargo, los sintetizados como resultado de la actividad humana, sí lo son. Pero el problema que se genera no está en la reglamentación como tal, sino en la capacidad de los países miembros de controlar la biopiratería (Rosell, 2005), pues finalmente el uso de los recursos genéticos por parte de las multinacionales se realiza de una manera ilícita para terminar siendo patentados con toda la cobertura de la protección internacional.

Las Decisiones del Acuerdo de Cartagena son normas de aplicación directa en los países miembros a partir de la fecha de su publicación en la gaceta oficial del Acuerdo, es por ello que, en materia de propiedad industrial, la decisión 486 hace parte del ordenamiento jurídico interno de dichos países (López et ál., 2006). De tal suerte que si un país firma lo contrario en un acuerdo bilateral, está desconociendo de facto el Acuerdo Regional.

En las negociaciones de los TLC de Estados Unidos con los países andinos, se les está obligando a estos últimos a renunciar a las excepciones de los literales C y D de este 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 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 estos países– pero a cambio las patentes que surgen de este banco genético crean una propiedad privada monopólica sobre el uso del mismo recurso.

Otra situación importante que afecta todos los aspectos en materia de patentes es que los países en los TLC renuncian literalmente a revocar o caducar patentes por razones distintas a las que contemplan los tratados

firmados, aunque aquellas sean razonables y estén perfectamente justificadas como se contempla en el Convenio de París, donde se puede hacer caducar una patente cuando la licencia obligatoria no ha sido suficiente para resolver las causas por las cuales dicha licencia fue concedida y también a caducar una patente por impago de las tasas a las que están obligados los dueños de patentes registradas (Levis, 2005) y finalmente, los países biodiversos renuncian al derecho de revocar una patente cuando se compruebe que no tuvo en cuenta el régimen de acceso a material biológico o genético.

En el siguiente cuadro se puede observar 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. A continuación, en la Tabla 1, se explican las pretensiones presentadas por Estados Unidos contempladas en el marco de los ADPIC plus:

TABLA 1: LOS TLC Y LOS ADPIC PLUS

| | Fecha aprox. | Dic-01 | Dic-02 | May-03 | En-04 | Feb-04 | Mar-04 | Nov - 2006 | Dic-01 |
|----|---|-------------------|----------|--------|----------|--------|-----------|------------|----------|
| | ADPIC plus | EEUU pretensiones | Jordania | Chile | Singapur | CAFTA | Australia | Marruecos | Colombia |
| 1 | Restricción uso DCI | + | - | - | + | + | + | + | |
| 2 | Segundos usos | + | + | - | - | - | - | + | - |
| 3 | Restricciones licencias obligatorias | + | + | - | + | - | + | + | - |
| 4 | Prohibición importación paralela. | + | - | - | - | - | + | + | - |
| 5 | Protección de datos | + | + | + | + | + | + | + | + |
| 6 | Restricciones excepción bolar | + | + | + | + | + | + | + | - |
| 7 | Extensión plazo por trámite patentes | + | + | + | + | + | + | + | + |
| 8 | Extensión plazo protección por registro | + | + | + | + | + | + | + | + |
| 9 | Patentes métodos terapéuticos y quirúrgicos | + | | | | - | | | - |
| 10 | Patentes conocimiento tradicional | + | | | | | | | + |
| 11 | Patentes plantas y animales | + | | | | + | | | + |

Fuente: Elaboración propia con base en el modelo de Restrepo (2004) y 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.

1. Restricción del uso DCI (Denominación Común Internacional): la exigencia consiste en derogar la norma que obliga a formular con nombre genérico (Díaz, 2006). Se refiere a la restricción del uso del nombre genérico internacional en la fórmula médica, lo que obliga a utilizar la marca comercial que pertenece al producto patentado. El efecto que tiene esta restricción sobre los precios de los medicamentos es altísimo, en España se tiene calculado entre un 10 y un 25% menor el precio del genérico frente al de marca. En América Latina la diferencia es mayor, se estima en un rango del 23,6% hasta de 1.363% más alto el coste del producto de marca frente al genérico.
2. Segundos usos: al reconocer una patente sobre un segundo uso, se cambia el principio de patentar sobre el nivel invento y se cede a la patentación de un descubrimiento. Son muchos los casos conocidos de segundos usos, por ejemplo el del ácido acetilsalicílico, que se lanzó al mercado como analgésico, pero en su aplicación se encontró que también era un anticoagulante y el más reciente conocido es el caso 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 las licencias obligatorias: La licencia obligatoria consiste en autorizar otros usos, de la materia de una patente, sin autorización del titular de los derechos, incluido el uso por el gobierno o por terceros autorizados por él. Es decir, el gobierno puede autorizar la producción y comercialización de un producto protegido por una patente. 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 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 maniatar 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 cinco 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 sí 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: Consiste en la extensión del plazo de las patentes para compensar las demoras en la concesión de éstas por 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 plazo protección por registro: Como en el caso anterior, se exige la ampliación del plazo de la patente para compensar las tardanzas en el trámite del registro sanitario, sin clarificar que se entiende por tardanza injustificada, dando pie a litigios y penalizaciones al Estado, incluso por el no registro razonable de un fármaco de riesgos en la salud de la población.
9. Patentes sobre métodos terapéuticos y quirúrgicos: En la decisión 486 del Acuerdo de Cartagena de la CAN, se establece explícitamente que los métodos terapéuticos, de diagnóstico y quirúrgicos no son patentables, por dos razones importantes: una porque no tienen aplicación industrial, y la segunda, porque se encuentran expresamente excluidos de la patentabilidad. La propuesta de EEUU pretende obtener la patentabilidad de los métodos terapéuticos, de diagnóstico y quirúrgicos, para lo cual propone que el requisito de "aplicación industrial" sea sustituido por el de "utilidad". Dado que esto lo ha logrado en la mayoría de los tratados, en el caso de que un país quiera mantener su norma de no patentar estos métodos clínicos, tiene que dejar expresa dicha norma en el tratado, como sucede en los casos del CAFTA⁸ 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.

En el conocimiento tradicional se inserta también el llamado conocimiento vernáculo, el cual se caracteriza por a) ser producto de un sistema dinámico que se conserva con el tiempo, pero también se actualiza y tiene permanentes desarrollos dentro de los pueblos indígenas; b) es parte integral de los ambientes sociales y físicos de las comunidades; c) es un bien colectivo de la comunidad,

⁸ Central America Free Trade Agreement.



fundamental para la supervivencia; d) está integrado a la diversidad cultural y biológica (holístico); e) se expresa territorialmente (sistema de conocimiento local); f) es cualitativo; g) es inclusivo (no se ejerce la exclusión); h) es de mínima codificación (tácito) e i) por su permanente evolución generacional, se mantiene vivo.

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 estudian y desarrollan las plantas y realizan extracción de muestras biológicas para reclamar, en la mayoría de las veces, derechos de propiedad y comercializar productos derivados de estos conocimientos⁹.

11. Patentes sobre plantas y animales: Antes del 2000, 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 variedades y las plantas en sí mismas, sus partes, los componentes, los genes, las metodologías y los vectores (Koo, 2005). *“La reclamación sobre formulaciones a escala nano de plantas tradicionales están mostrando el insidioso camino de la monopolización del conocimiento y los recursos tradicionales –una razón más para que el Convenio sobre Diversidad Biológica y la FAO dirijan las implicaciones sobre Nanotecnología–”* (ETC Group, 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). En 1961, seis países europeos firmaron la UPOV, pero el acta aún vigente de 1991, donde ya estaban adheridos una gran cantidad de países, generó un marco de ley muy similar al de las leyes de patentes, pues recortaron las excepciones que se otorgaron a los nuevos fitomejoradores y a los agricultores concedidas en el acta de 1968 (Rodríguez, 2004).

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. Parece irrelevante la concesión

⁹ Las comunidades que contribuyan a estos nuevos conocimientos, rara vez reciben una compensación por ello. Muchas empresas farmacéuticas y productoras de semillas y de productos químicos practican la biopiratería en los países en desarrollo y en contra de las comunidades indígenas.

de patentes sobre microorganismos y procesos biotecnológicos, así como a las nanopartículas; pero no es tan inofensivo, significa dar paso abierto a la privatización y mercantilización de la vida, pues se degrada en su esencia misma, al convertir los seres vivos en objeto de apropiación monopolística por parte de quienes se dicen autores de un gen, de una semilla o de una planta. Esto trae consecuencias irreversibles y acumulativas en aspectos económicos, políticos y sociales¹⁰.

5. EL CONVENIO DE LA BIODIVERSIDAD COMO UNA ALTERNATIVA PARA CIERTAS REGIONES

Los países en desarrollo deberán ser capaces de recuperar una parte de los *spillovers* y de todos los beneficios derivados del conocimiento, para lo cual sus inversiones estratégicas se tendrían que dirigir a la mejora de sus sistemas educativos y de salud. Podríamos enmarcar esos dos conceptos, salud y educación, dentro de un ámbito más general, como es el de los “derechos universales”. Cualquier propuesta de cambio en los derechos de propiedad intelectual debería de pasar el “test” de los Derechos Humanos (Draho, 2005a). La Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como otros organismos internacionales como la FAO, o convenios y acuerdos firmados en un ámbito multinacional como el Convenio de Diversidad Biológica (CBD), deben considerarse a la hora de trabajar por una alternativa seria, razonable y progresista. El Convenio de la Biodiversidad se contempla como un marco sostenible en el tiempo, de consulta, de intercambios de información, de evaluación de los avances en materia de los conocimientos tradicionales, así como de coordinación con otros organismos internacionales. Cada país no puede de forma aislada defender su propio conocimiento tradicional, de ahí que las bases fundamentales de un mejor funcionamiento se podían encontrar en la letra pequeña de acuerdos y organismos internacionales como por ejemplo, la UNTACD y la FAO.

El Convenio de Diversidad 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,

¹⁰ Traemos un ejemplo ilustrativo de esta misma autora: 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 (Rodríguez, 2004).

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 Convenio de Diversidad Biológica está sujeto a todo tipo de críticas por su ambigüedad en algunas de sus formulaciones, también 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 del texto articulado del CBD. Nuestra percepción nos lleva a considerar que el preámbulo del CBD constituye un primer paso para el desarrollo de un derecho consuetudinario, que prescribe obligaciones específicas sobre acuerdos de futuro, como por ejemplo protocolos (Glowka et ál. 1994).

Autores como Grubb, (1999) sostienen que existe un aceptable margen de reforma de los ADPIC al reconocer que los ADPIC todavía no se han desarrollado plenamente y que por un “principio de prioridad”, ya que el Convenio de Biodiversidad es anterior a los ADPIC, debería aplicarse incluso antes que cualquier tratado de propiedad intelectual (como los ADPIC). Para Grubb (1999), así como para el gobierno de EEUU, el Convenio de Diversidad Biológica es compatible con los ADPIC y sin embargo otros autores¹¹ y expertos son muy reticentes para admitir esa compatibilidad.

La posibilidad de que los ADPIC respondan a las exigencias de la Convención de Biodiversidad dependerá parcialmente de la interpretación que se haga de “las excepciones” de su articulado. En ese sentido, se contempla el artículo 8° como posible base jurídico-argumental a partir de la cual los países en desarrollo pudiesen proteger sus intereses. El artículo 8° sostiene que: *“Los países miembros pueden a través de las reformas legales correspondientes, adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la alimentación, así como también pueden promocionar el interés público de sectores de vital importancia para su desarrollo tecnológico y socioeconómico.”*

A continuación presentamos respuestas diferentes por parte de los ADPIC y sus derivados (TLC) y del Convenio de Diversidad Biológica a cuestiones que se relacionan 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.

¹¹ Entre otros, Drahos (2004), Panagariya (1999) y Maskus (2002).

TABLA 2: 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 | Permite una 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 sobre 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 |
| Competencia legal | Se impone a la legislación nacional | Decide bajo la legislación propia (Nacional) |
| Beneficios | No comparte beneficios con países de origen | Compartir de una manera justa y equitativa 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 |
| Sobre formas de vida | Controvertido artículo 27 de ADPIC | Contra la patentación de formas de vida |
| Sobre necesidades vitales | El artículo 31 amenaza sobre la alimentación en desarrollo | Ejemplo del Africa 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: Requerir la 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”.

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.

6. CONCLUSIONES

Los procedimientos utilizados en los países desarrollados en materia de propiedad intelectual podrían, al menos en parte, trasladarse a otros países, pero la implementación de alternativas razonables para estos últimos requerirá una mayor autonomía de los países para orientar su propio desarrollo y unos medios materiales y humanos de los que en buena medida carecen hoy en día.

Sin embargo, los ADPIC y los TLC con sus ADPIC Plus han traído consecuencias muy negativas para los países en desarrollo, ya que estos países renuncian a su autonomía y al margen de maniobra lograda en la Declaración Ministerial Doha con respecto a las políticas de salud pública y en la protección de la biodiversidad¹². Los Tratados de Libre Comercio (TLC), con sus ADPIC plus, demandan una mayor preparación de los países en desarrollo para poder enfrentarse a la competencia tecnológica con Estados Unidos y Europa, y también defender su biodiversidad y su conocimiento tradicional.

Como hemos observado, 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

¹² Se renuncia a la autonomía y al margen de maniobra al aceptar patentes sobre plantas, animales y organismos vivos, tal como lo contemplan las legislaciones de los países biodiversos o contempladas en pactos regionales, también al renunciar a las importaciones paralelas, a las licencias obligatorias, a la Denominación Común internacional, a las exigencias en la demostración de la adquisición lícita de material genético y biológico en la solicitud de patentes, a divulgar el país de origen en la solicitud de patentes provenientes de material estos materiales. Al renunciar a la revocación y caducidad de patentes por dejar de cumplir los requisitos por los que fueron otorgadas, entre muchas otras renunciaciones.

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 y Gómez Uranga, 2001).

Aplicar un criterio del tipo coste-beneficio puede orientar ciertas decisiones a tomar por países en desarrollo en tratados internacionales (Roffe y Santa Cruz, 2006).

Drahos (2004) contempla el diseño de un tratado en el que los diferentes países y comunidades desarrollan a través de acuerdos un conjunto de protocolos y normas, así como el establecimiento de estándares sobre la protección del conocimiento tradicional. Estos estándares deben ser lo suficientemente flexibles y deberán contemplar unos mínimos de protección. Además un objetivo operativo de estos acuerdos es la consecución de un buen flujo de información entre los diversos países, organismos e incluyendo las oficinas de patentes. Por último, estos acuerdos deberán contemplar como principio rector la participación de las diversas partes y agentes concernidos como son: los gobiernos, los grupos empresariales, los grupos indígenas y la sociedad civil. Además, un criterio de coste/beneficio ampliado puede constituirse, entre otros, como un criterio de evaluación para los gobiernos que deban negociar transacciones y reformas relacionadas con la propiedad intelectual. Esa variable coste/beneficio debe ser vinculada a las preferencias reveladas por los distintos países (desarrollo sostenible, mejora de la innovación, conservación de la biodiversidad, derechos humanos, situación sanitaria etc.).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arundel, A. (2004): “El terreno escurridizo de las patentes”, *Innovación y transferencia de tecnología*, Comisión Europea, Dirección General de Empresa, 16-25.
- Bernstein, J.I. y Mohn, P. (1998): “International Spillovers between U.S and Japanese R&D Intensive Sectors”, *Journal of International Economics*, 44, 315-338.
- Brack, A. (2007): “Tratado de Libre Comercio y Biodiversidad”, *Revista Perú al día*, Disponible en: http://www.bilaterals.org/article.php3?id_article=6911
- Braga, C.; Fink, C. y Sepulveda, C.P. (2000): “Intellectual Property Rights and Economic Development”, World Bank Discussion Paper, WDP412, Marzo, 1-57. Keith E. Maskus, *The WTO, Intellectual Property Rights and the Knowledge Economy*. Edward Elgar, Cheltenham, Reino Unido, 2004.
- Cano, C. (2005): “Propiedad intelectual y acuerdos comerciales: La visión desde el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural”, en Fundación Agenda Colombia (Ed.): *La propiedad intelectual en los tratados comerciales ¿Oportunidad o carga para el mundo en desarrollo?*, Fundación Agenda Colombia, Bogotá, 153-160.

- Cohen, W.; Nelson, R. y Walsh, J. (2002): "Links and Impacts: The Influence of Public Research on Industrial R&D", *Management Science*, 48, 1, 1-23.
- Cortés, M. (2006): *La propiedad intelectual en el TLC: impacto sobre el gasto farmacéutico y el acceso a los medicamentos en Colombia*, Misión Salud y Fundación IFARMA, Bogotá D.C.
- Díaz, J. (2006): "¿Si afecta el TLC la salud de los colombianos?" Disponible en http://www.indepaz.org.co/index.php?option=com_content&task=view&id=375&Itemid=44
- Draho, P. (1996): *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth Publishing Company, Brookfield.
- Draho, P. (2003): "The Global Intellectual Property Ratchet: Why it Fails as Policy and What Should be Done About It", Paper for the *Open Society Institute*. Disponible en: http://cgkd.anu.edu.au/menus/PDFs/IPRatchet_Draho.pdf
- Draho, P. (2004): "Towards an International Framework for the Protection of Traditional", *UNCTAD-Commonwealth 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, Ginebra.
- Draho, P. (2005a): "An Alternative Framework for the Global Regulation of Intellectual Property Rights CGKD", *Austrian Journal of Development Studies*, Working Paper, No. 1, Octubre.
- Draho, P. (2005b): "Intellectual Property Rights in the Knowledge Economy". en D. Rooney (Ed.): *Handbook on the Knowledge Economy*, Ed. Edward Elgar, Cheltenham, Reino Unido.
- Draho, P. y Mayne, R. (eds.) (2002): *Global Intellectual Property Rights: Knowledge Access and Development*, Palgrave Macmillan, Hampshire y Nueva York.
- Draho, P.; Lokuge, B.; Faunce, T.; Goddard, M. y Henry, D. (2004): "Pharmaceuticals, Intellectual Property and Free Trade: The Case of the US-Australia Free Trade Agreement", *Prometheus*, 22, 3, 243-257.
- ETC Group (2005): "Special Report –Nanotech's "Second Nature" Patents: Implications for the Global South"– Comunicaciones 87 y 88, marzo/abril y mayo/junio.
- Fink, C. (2005): "El Acuerdo de los ADPICs, la Declaración de Doha y el acceso a los medicamentos: lecciones recientes", en Fundación Agenda Colombia (Ed.) *La propiedad intelectual en los tratados comerciales ¿Oportunidad o carga para el mundo en desarrollo?*, Fundación Agenda Colombia, Bogotá, 42-55.
- Glowka, L.; Burhenne-Guilmin, F. y Synge, H. (1994): *A Guide to the Convention on Biological Diversity*, IUCN, Gland y Cambridge, 2ª ed, 1-7.

- Granstrand, O. (1999): *The Economics and Management of Intellectual Property. Towards Intellectual Capitalism*, Edward Elgar, Cheltenham.
- Griliches, Z. (1957): "Hybrid Corn: An Exploration in the Economics of Technical Change", *Econometrica*, 48, 501-522.
- Grubb, P. (1999): *Patents for Chemical, Pharmaceuticals and Biotechnology. Fundamentals of Global Law, Practice and Strategy*, Oxford University Press, Oxford.
- Koo, B. (2005): "Aspectos globales de los derechos de propiedad intelectual en materia de recursos genéticos vegetales", en Fundación Agenda Colombia (Ed.): *La propiedad intelectual en los tratados comerciales ¿Oportunidad o carga para el mundo en desarrollo?*, Fundación Agenda Colombia, Bogotá, 23-41.
- Levis, M. (2005): "El Acuerdo de los ADPIC: legislación nacional y tratados de libre comercio en América Latina", en Fundación Agenda Colombia (Ed.) *La propiedad intelectual en los tratados comerciales ¿Oportunidad o carga para el mundo en desarrollo?*, Fundación Agenda Colombia, Bogotá, 71-93.
- López, S.; Schmal, R.; Cabrales, F.; Mejía, J.; Hidalgo, L. y García, C. (2006): "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.
- Mansfield, E. (1961): "Technical Change and the Rate of Imitation", *Econometrica*, 29, 4, 741-766.
- Maskus, K. (2002): "Regulatory standards in the WTO Comparing Intellectual Property Rights with Competition Policy", *World Trade Review*, 1 (2), 135-52. Keith E. Maskus, *The WTO, Intellectual Property Rights and the Knowledge Economy*, Edward Elgar, Cheltenham, Reino Unido, 2004.
- Nelson, R. (2004): "The Market Economy, and the Scientific Commons". *Research Policy*, 33, 455-471.
- Nelson, R. y Winter, S. (1982): *An Evolutionary Theory of Economic Change*, Belknap/Harvard University Press, Cambridge, Mass. y Londres.
- Panagariya, A. (1999): "TRIPS and the WTO: An Uneasy Marriage", en Jagdish Bhagwati (ed.), *The next trade negotiating round: Examining the agenda for Seattle*. Columbia University, Law School and Center for Japanese Economy and Business, 91-102. Keith E. Maskus, *The WTO, Intellectual Property Rights and the Knowledge Economy*. Edward Elgar. Cheltenham, Reino Unido, 2004.
- Polanyi, M. (1962): "The Republic of Science: Its Political and Economic Theory", *Minerva*, 1, 54-74.

- Roffe, P. y Santa Cruz M. (2006): "Los derechos de propiedad intelectual en los acuerdos de libre comercio celebrados por países de América Latina con países desarrollados", Serie Comercio Internacional n° 70. CEPAL
- Restrepo, L. (2004): "La propiedad intelectual de la universidad ante el Tratado de Libre Comercio". Seminario: *El papel de la universidad en la gestión de la innovación*, Universidad de Antioquia, octubre.
- Rodríguez, S. (2004): *La propiedad intelectual en el TLC Estados Unidos-Costa Rica: Mecanismo de apropiación del patrimonio bioquímico y genético*. Disponible en: http://www.bilaterals.org/article.php3?id_article=864
- Rosell, M. (2005): "Propiedad industrial y desarrollo. Derechos públicos vs derechos privados". En Fundación Agenda Colombia (Ed.): *La propiedad intelectual en los tratados comerciales ¿Oportunidad o carga para el mundo en desarrollo?*, Fundación Agenda Colombia, Bogotá, 94-110.
- Rosenberg, N. (1982): "How Exogenous is Science?", en: Rosenberg, N. (Ed.), *Inside the Black Box*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Sánchez Padrón, M. (2003): "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*, 2, diciembre, 169-202.
- Sánchez Padrón, M. y Gómez Uranga, M. (2001): "Protection of Biotechnological Inventions: A Burden Too Heavy for the Patent System", *Journal of Economic Issues*, 35, (2), 315-322.
- Sell, S. (2003): "Life alter TRIPs, Aggression and Opposition, in Private Power Public Law: The Globalization of Intellectual Property Rights", *Cambridge University Press*, Cambridge, 121-162. (Recopilado en Keith E. Maskus, *The WTO, Intellectual Property Rights and the Knowledge Economy*. Edward Elgar. Cheltenham, Reino Unido, 2004).
- Stokes, D. (1996): *Pasteur's Quadrant: Basic Science and Technological Innovation*, Brookings Press, Washington, DC.
- The Gazette of India (2005): *The Patents (Amendment) Act*, 5 de abril de 2005, 83-134.
- Tijssen, R. (2003): "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)*, Leiden University, Leiden, Holanda.
- Wettelius, S. y Wijkander, H. (2002): "On the Costs and Benefits of Patents to Society". Working Paper, *Universidad de Estocolmo*.
- Vivas, D. (2005): "La relación entre la diversidad biológica, los conocimientos tradicionales y la protección de los derechos de propiedad intelectual", en Fundación Agenda Colombia (Ed.): *La propiedad intelectual en los tratados comerciales ¿Oportunidad o carga para el mundo en desarrollo?*, Fundación Agenda Colombia, Bogotá, 223-229.

Zerda, A. (2003): *Propiedad intelectual sobre el conocimiento vernáculo*, Universidad Nacional, Bogotá.

Zerda, A. (2004): Propiedad intelectual en el TLC Colombia-Estados Unidos. Seminario: Propiedad intelectual: un reto clave en la actividad académica. Universidad Nacional de Colombia – Sede Medellín, agosto 5 y 6.

OTRAS REFERENCIAS

Acuerdos sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio “ADPIC” (TRIPS): www.wto.org

CBD: www.biodiv.org

DOHA (2001) Declaración Ministerial DOHA.

OPS (2004): Impacto de la protección de la Propiedad Intelectual sobre el Acceso a Medicamentos en Colombia. Disponible en: <http://www.paho.org/Spanish/AD/THS/EV/acceso-intelectual.htm>

TLC COLOMBIA-EEUU, TEXTO FINAL disponible en: <http://www.tlc.gov.co/VBeContent/TLC/newsDetail.asp?id=5023> consultado enero 2007

TWN (Third World Network) (2001): “Intellectual property rights, TRIPS Agreement and the CBD”. *TWN*, Montreal, Canada, 19-22 de marzo de 2001. Disponible en <http://www.twinside.org.sg/title/benefit.htm>

USTR (1974): Priority match list, en la sección 301 sobre obligaciones del Trade Act de EEUU.

USTR (2006): *Informe Especial 301*. United States Trade Representative. Disponible en www.ustr.gov, consultado en enero de 2007.

WTO (1994): “Trade related aspects of intellectual property rights. Anex 1.c”, Marrakech, Abril. Disponible en www.barcelonanetactiva.com. <http://www.tlc.gov.co/VBeContent/TLC/newsDetail.asp?id=5023>

United States – Singapore Free Trade Agreement, disponible en: http://www.sica.gov.ec/comext/docs/14acuerdos_comerciales/tlc/singapur/acuerdogeneral.pdf

United States-Jordan Free Trade Agreement, disponible en: http://www.sice.oas.org/Trade/us-jrd/USA_JOR_e.asp

United States-Australia Free Trade Agreement, disponible en: http://www.sice.oas.org/Trade/US-AusFTAFinal/USAusind_e.asp

Tratado de Libre Comercio Centroamérica - Estados Unidos - República Dominicana, disponible en: http://www.sice.oas.org/Trade/CAFTA/CAFTADR/CAFTADRin_s.asp United States-Morocco Free Trade Agreement http://www.sice.oas.org/Trade/US_MAR/US_MAR_E.asp Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos http://www.sice.oas.org/Trade/chiusa_s/chiusaind_s.asp <http://www.wipo.int/treaties/es/general/> http://www.pymesetb.com/detalle_noticia.asp?id_not=3241