

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR- SEDE ECUADOR

PROGRAMA DE ESTUDIOS SOCIALES Y GLOBALES

MAESTRÍA EN INTEGRACIÓN

MENCIÓN “DERECHO DE LA INTEGRACIÓN”

**CAMBIOS DE POLÍTICA EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA
COMUNIDAD ANDINA, Y SU IMPACTO EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN
SUBREGIONAL**

Wilson Adalid Mamani Prieto

2009

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis o parte de ella, por solo una vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Wilson Adalid Mamani Prieto

16 de noviembre de 2009

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLIVAR- SEDE ECUADOR

PROGRAMA DE ESTUDIOS SOCIALES Y GLOBALES

MAESTRÍA EN INTEGRACIÓN

MENCIÓN “DERECHO DE LA INTEGRACIÓN”

**CAMBIOS DE POLÍTICA EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA
COMUNIDAD ANDINA, Y SU IMPACTO EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN
SUBREGIONAL**

Wilson Mamani Prieto

Tutor: Marco Romero Cevallos

Quito- Ecuador

2009

RESUMEN

La presente investigación pretende mostrar al lector, como a consecuencia de la multilateralización del derecho de propiedad intelectual representada por el Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) que forma parte de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y su posterior bilateralización, mediante los Tratados de Libre Comercio, se afectó el manejo de las políticas de Propiedad Intelectual en el Proceso Subregional Andino.

A este objeto, describiremos los tipos de políticas en materia de propiedad intelectual, para luego estudiarlo en el marco de las políticas adoptadas e implementadas por la Comunidad Andina hasta el año 2000, y finalmente detendremos nuestro análisis en los cambios incorporados por este organismo subregional frente al tema de la propiedad intelectual en la presente década y analizar sus efectos en el proceso de integración andino.

Agradecimientos:

A nuestro padre y amado creador, por todas las bendiciones derramadas sobre mi familia.

A mis padres y hermanos, por su apoyo incondicional.

Al profesor Marco Romero, por su tiempo y orientación.

A Marcelo Vargas y Ángela Sasaki, por su colaboración.

A David Padilla y Michel Leví por sus sugerencias y comentarios.

- INDICE -

INTRODUCCIÓN GENERAL / 8

Capítulo I. POLÍTICAS DE DESARROLLO EN LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELLECTUAL / 11

Introducción / 11

1. Propiedad intelectual y su importancia en la economía del conocimiento en el marco de la globalización / 12
 2. Políticas frente a la propiedad intelectual / 19
 - 2.1. La inversión en investigación y desarrollo / 23
 - 2.2. La formación de capital humano / 23
 - 2.3. El desarrollo de una legislación en materia de propiedad intelectual / 24
 - 2.4. El fortalecimiento de la capacidad institucional en materia de diseño, implementación y evaluación de las políticas / 33
 - 2.5. Estímulos de carácter financiero y fiscal / 34
 - 2.6. Promover la creación de entidades para la transferencia de tecnologías / 35
 - 2.7. Políticas de competencia / 36
 3. La propiedad intelectual en la dinámica multilateral y regional / 38
- Conclusiones /44

Capítulo II. LA COMUNIDAD ANDINA Y PROPIEDAD INTELLECTUAL, UNA LARGA TRAYECTORIA / 47

Introducción / 47

1. La Comunidad Andina: sus objetivos originales y mecanismos / 48
 2. Políticas de propiedad intelectual en la Comunidad Andina: su trayectoria y principales decisiones / 52
 - 2.1. Régimen de propiedad industrial / 52
 - 2.1.1. Una concepción en el modelo de desarrollo: Decisión 85 / 56
 - 2.1.2 Activismo normativo singular: Decisiones 311, 313 y 344 / 60
 - 2.1.3 Hacia la adecuación del sistema multilateral: decisión 486 / 65
 - 2.2. Régimen de inversiones: su vinculación con la transferencia de tecnología / 72
 - 2.3. El régimen de derecho de autor y derechos conexos / 77
 - 2.4. Conocimientos tradicionales, folclore y recursos genéticos / 80
 - 2.5. Obtentores vegetales: Decisión 345 / 85
 - 2.6. Instituciones regionales destinadas a la transferencia de tecnologías: prospección y adaptación tecnológica / 88
 - 2.6.1. Sistema Andino de Información / 89
 - 2.6.2. Oficina Subregional de Propiedad Industrial / 92
 - 2.6.3. Consejo Andino de Política Industrial y Consejo Andino de Ciencia y Tecnología / 93
 - 2.7. Políticas de competencia / 95
 - 2.8. La inversión en investigación y desarrollo / 98
- Conclusiones / 100

Capítulo III. CAMBIOS EN LA POLÍTICA DE LA CAN FRENTE A LA PROPIEDAD INTELECTUAL: ¿UN NUEVO PARADIGMA? / 103

Introducción / 103

1. Problemas u obstáculos en la adopción de políticas en propiedad intelectual: sistema multilateral (ADPIC) – nivel bilateral (TLC) /104

1.1. Normas Generales / 108

1.2. Normas específicas / 110

2. De los Acuerdos de Libre Comercio a las Decisiones 632 y 689 / 118

3. Análisis de las Decisiones 632 y 689 / 122

3.1. Sus efectos en las políticas de desarrollo / 122

3.1.1. Ampliación del monopolio de exclusividad / 122

3.1.2. Protección temporal de los Datos de Prueba / 123

3.1.3. Excepción Bolar / 127

3.2. Sus efectos en el proceso de integración andina / 128

3.2.1. Desde el punto de vista económico / 128

3.2.2. Desde el punto de vista político / 130

3.2.3. Desde el punto de vista social / 132

3.2.4. Desde el punto de vista jurídico e institucional / 134

Conclusiones / 140

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES GENERALES / 144

ANEXOS / 152

BIBLIOGRAFÍA / 163

- INTRODUCCIÓN GENERAL -

El presente trabajo de investigación pretende presentar al lector los cambios de políticas en materia de propiedad intelectual que se dieron en la Comunidad Andina desde sus inicios hasta nuestros días y mostrar cuáles son sus impactos en el proceso de integración subregional.

En este sentido, se realizará un análisis descriptivo y analítico de las políticas en propiedad intelectual de la Comunidad Andina, entendiendo por políticas, la actividad legislativa, los mecanismos que coadyuvan al desarrollo de la ciencia y tecnología, tales como la inversión en investigación y desarrollo, la formación de capital humano, la inversión en investigación y desarrollo, y la institucionalidad que garantiza su cumplimiento, por tanto, nuestro análisis estará circunscrito en torno a estos 3 ejes fundamentales.

El presente trabajo se inscribirá en el marco del sistema subregional andino, pero también se desenvolverá tomando en cuenta el sistema multilateral, representado por el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) en el marco de la Organización Mundial de Comercio (OMC), del cual los países miembros de la Comunidad Andina forman parte. De la misma forma, el análisis se realizará considerando el nivel bilateral, tomando en cuenta que dos de los países andinos celebraron acuerdos de libre comercio con los Estados Unidos. Sin duda alguna, ambos niveles tuvieron repercusiones e impactos de diversa índole y grado en el manejo de las políticas de propiedad intelectual en la Comunidad Andina.

Cabe notar que todo el análisis descriptivo y analítico que se realizará en torno a las políticas de propiedad intelectual de la Comunidad Andina, tienen como objetivo principal resolver la siguiente interrogante: ¿Qué tipos de política en materia de Propiedad Intelectual de la Comunidad Andina se expresan en las Decisiones 632 y 689, y como impactan en el proceso de integración andino?

En virtud de aquello, vemos conveniente plantear los siguientes objetivos específicos: a) Determinar qué políticas frente a la propiedad intelectual se han aplicado en la integración andina en materia de propiedad intelectual, hasta el año 2000, b) Describir los cambios incorporados por la CAN frente al tema de la propiedad intelectual en la presente década y analizar sus efectos en el proceso de integración andino.

Para la consecución de nuestros objetivos, se propone un análisis multidimensional porque se complementa con las perspectivas jurídica, política, de desarrollo e institucional. En el campo jurídico, porque se logrará establecer las repercusiones jurídicas de los cambios en las normativas andinas hasta la Decisión 689 y sus efectos sobre el proceso subregional de integración. En el ámbito político, porque nos permitirá vislumbrar bajo que orientación se han emitido las diversas normas comunitarias en materia de propiedad intelectual y los cambios registrados hasta la Decisión 689. En el campo del desarrollo, porque mediante este análisis se logrará determinar el efecto beneficioso o perjudicial para la sociedad de la adopción e implementación de políticas de propiedad intelectual por parte de los organismos subregionales andinos; y también será de tipo institucional, porque se analizarán las orientaciones predominantes del diseño institucional en la Comunidad Andina.

En el capítulo I se presenta el marco teórico de las políticas en materia de propiedad intelectual con especial relevancia de los países en desarrollo; para esto, en primer lugar se hará notar la importancia cada vez mayor de la propiedad intelectual en el marco de la globalización, su vínculo con la ciencia y tecnología, así como sus repercusiones en las brechas tecnológicas. Del mismo modo, se mostrará cuál es la importancia del rol del Estado en el campo de la propiedad intelectual. Luego, se sistematizará los tipos de políticas que nuestro juicio son los más relevantes y por último se analizará la complejidad y desafío en la formulación de políticas haciendo mención al sistema multilateral y el nivel bilateral.

En el capítulo II, se realizará el estudio de las políticas de propiedad intelectual adoptadas e implementadas por la Comunidad Andina, para ello, previamente se efectuará una descripción de su finalidad, objetivo, mecanismos y estrategias, vinculados con el área tecnológica. En seguida, se entrará a considerar las diferentes políticas instituidas al interior de la Comunidad Andina, haciendo énfasis en las disposiciones normativas por su íntima vinculación con el desarrollo tecnocientífico. Dentro de los temas de la propiedad intelectual, por su importancia económica y social y por su estrecha relación con la innovación, se dará especial relevancia a la propiedad industrial. Examinaremos al régimen de inversiones, rama íntimamente vinculada con la propiedad industrial en el marco del modelo de desarrollo concebido en aquél momento: Industrialización Sustitutiva de Importaciones. También se analizará el régimen de derechos de autor, el régimen de obtentores vegetales y el régimen de recursos genéticos. Así mismo se hará referencia al desarrollo institucional de la Comunidad Andina, y a los mecanismos coadyuvantes

del proceso de integración subregional: Políticas de competencia, Inversión en Investigación y Desarrollo.

Para finalizar, en el capítulo III se realizará una consideración de los efectos que tienen los desarrollos del sistema multilateral y las negociaciones bilaterales, sobre el manejo de políticas de propiedad intelectual al interior de la Comunidad Andina. Considerando que la Decisión 486 es una adecuación del ADPIC, se hará referencia a ella, pero se examinará con mayor detalle las repercusiones de los Tratados de Libre Comercio celebrados por Colombia y Perú con los Estados Unidos sobre las políticas de propiedad intelectual del nivel subregional andino. Después, se hará una relación de cómo los Tratados de Libre Comercio celebrados por los países andinos con los Estados Unidos, obligaron a la modificación del régimen común de propiedad industrial de la Comunidad Andina. Y para terminar, se examinará el impacto de las Decisiones que son reflejo de las adecuaciones a los acuerdos comerciales celebrados con Estados Unidos, primero en referencia a las políticas de Desarrollo, en función a 3 elementos: ampliación de plazo de patentes, protección temporal de los datos de prueba y la excepción Bolar; y después en relación a su impacto en el proceso de integración subregional, desde los puntos de vista político, económico, social y jurídico-institucional.

Capítulo I

POLÍTICAS DE DESARROLLO EN LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Introducción

No cabe duda de que a través de la innovación y el desarrollo tecnocientífico se puede generar mayor productividad y competitividad en el mercado global. Por ello, con la finalidad de generar un mayor y más sólido y estable desarrollo productivo se decide incentivar la invención y creatividad a través del diseño de políticas públicas, acompañadas de la creación de categorías jurídicas que le otorguen protección frente a terceros y que al mismo tiempo, constituyan factores coadyuvantes de la transferencia de tecnología, con el fin último de lograr un mayor desarrollo y bienestar social.

Dada su relevancia actual en una cada vez mayor economía del conocimiento y en el desarrollo económico y social de los países, en el análisis del presente capítulo ilustraremos: la importancia de la propiedad intelectual en relación a 3 elementos básicos: la economía del conocimiento en el ámbito de la globalización; su íntima relación con la ciencia y tecnología y las brechas tecnológicas existentes y por último el rol en el Estado en este campo; en segundo lugar, caracterizaremos las principales políticas que se presentan en torno a las políticas de propiedad intelectual, por último analizaremos la complejidad y los desafíos que se presentan en este ámbito. Cabe destacar que la perspectiva predominante en este análisis de las políticas es la de los países en desarrollo.

Previo a considerar cada uno de los aspectos del presente trabajo conviene hacer algunas precisiones en torno al concepto de propiedad intelectual. La Propiedad Intelectual puede ser entendida como *“Derechos que la sociedad concede a personas u organizaciones principalmente sobre las obras creativas: las invenciones, las obras literarias, y artísticas, los símbolos, los nombres, las imágenes y los dibujos y modelos utilizados en el comercio. Proporcionan al creador el derecho de impedir a otros el uso no autorizado de su propiedad durante un período ilimitado”*.¹ Como podemos evidenciar, la propiedad intelectual abarca a distintas categorías con tratamientos jurídicos particulares para cada uno de ellos, pero como regla general tienen como factor denominador la protección de la actividad creativa derivada del

¹ Carlos Correa (Dir.), *Propiedad Intelectual y políticas de Desarrollo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2005. P. 58

intelecto humano. Hoy gran parte de la doctrina está de acuerdo en que la Propiedad intelectual se divide en dos categorías: a) La Propiedad Industrial y b) El derecho de autor y derechos conexos. Para explicar a breves rasgos cada una de estas dos categorías recurrimos a Pedro Roffe y Maximiliano Santa Cruz quienes realizan las siguientes consideraciones

“El derecho de autor y los derechos conexos ampara tanto las creaciones en los ámbitos literarios y artísticos, como los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas, y los organismos de radiodifusión. Por otra parte la propiedad industrial, que protege las invenciones (patentes, certificados de autor y modelos de utilidad), los signos distintivos (marcas), las indicaciones de procedencia (indicaciones geográficas y denominaciones de origen), los dibujos y diseños industriales, las variedades vegetales y la protección de la competencia desleal, incluida la información no divulgada. Mientras la propiedad intelectual es el género, tanto el derecho de autor y los derechos conexos, como la propiedad industrial, constituyen la especie. [...] Quizás una de las características más sobresalientes de la evolución de la PI haya sido su temprana internacionalización. La propiedad intelectual fue objeto de la preocupación de acuerdos internacionales, los que claramente marcaron las primeras legislaciones nacionales a partir de finales del siglo XIX. Los dos grandes pilares del derecho internacional de la propiedad intelectual fueron —y siguen siendo— el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883 (Convenio de París) y el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886 (Convenio de Berna). Ambos convenios no sólo siguen plenamente vigentes, sino que sus disposiciones sustantivas han sido incorporadas en tratados multilaterales recientes, como el ADPIC, además de acuerdos bilaterales de propiedad intelectual y acuerdos de libre comercio celebrados recientemente, tales como aquellos en que son parte la UE, EE.UU. y EFTA [...]”²

1. Propiedad intelectual y su importancia en la economía del conocimiento en el marco de la globalización.

Asistimos, desde hace algún tiempo (aproximadamente desde la década de los ochenta), a *“la transición de las economías industriales a las economías fundadas en el saber, una manera de indicar que todos los modos de formación de valor se encuentran asociados por el empleo constante de innovaciones, tanto tecnológicas como organizativas. Así, las economías no están basadas única ni principalmente en la acumulación de capital físico y materias primas, sino en la producción permanente de conocimiento”*.³ En las palabras de Castells se diría que surge una nueva economía a escala mundial a la cual denomina informacional y global porque *“en las*

² Pedro Roffe y Maximiliano Santa Cruz, Los derechos de propiedad intelectual en los acuerdos de libre comercio celebrados por países de América Latina con países desarrollados, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2006, P. 8-9

³ Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, Desarrollo de la Industria Regional de Software en América Latina y el Caribe: Consideraciones y propuestas, Caracas, SELA, 2009. P. 9.

nuevas condiciones históricas, la productividad se genera y la competitividad se ejerce por medio de una red global de información”⁴.

Esta nueva era económica, a la que muchos denominan de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, cumple un rol fundamental para los países porque a través del desarrollo de su propia capacidad tecnológica pueden generar mayor crecimiento económico⁵ y reducir la pobreza⁶. En otros términos, la innovación tecnológica, la ciencia y la actividad creativa en general se aceptan como elementos básicos para el desarrollo económico y social. “*En busca de mantener sus posiciones en el escenario mundial, los países desarrollados hacen enormes inversiones en estas áreas, en especial en investigación & desarrollo*”⁷. No cabe duda de que el conocimiento y la innovación tecnológica están desempeñando un rol cada vez más importante en la competitividad de las empresas, los diversos sectores industriales, los países y las regiones⁸, pues constituyen la principal herramienta para la competencia internacional; por ello las empresas deben mejorar sus resultados dado que cada vez se enfrentan a una competencia más fuerte. Lo que está ocurriendo fundamentalmente desde las últimas décadas del siglo XX es que esta influencia (innovaciones científicas y tecnológicas) ha venido cobrando dimensiones inéditas, porque sus efectos son mucho más visibles y profundos⁹.

La innovación que es incorporada en los diferentes productos y servicios rara vez puede considerarse como consecuencia de la actividad de inventores o empresarios aislados, sino más bien debe ser considerada como resultado de todo un sistema con muchos actores¹⁰. En este

⁴ Manuel Castells, *La sociedad red*, México, Siglo XXI, 1999. P. 55 El autor denomina a la nueva economía informacional porque “*la productividad y competitividad de esta economía (trátase de empresas, regiones o naciones) depende fundamentalmente de su capacidad para generar, procesar y aplicar con eficacia la información basada en conocimiento*” y es global “*porque la producción, el consumo y la circulación, así como sus componentes (capital, mano de obra, materias primas, gestión, información, tecnología, mercados) están organizados a escala global, bien de forma directa, bien mediante una red de vínculos entre los agentes económicos*”.

⁵ Recordemos que ya Schumpeter advertía la importancia de la innovación, pues consideraba que “la innovación era el verdadero motor del desarrollo, capaz de generar y mantener en el tiempo ciclos prolongados de crecimiento” (CEPAL, Espacios Iberoamericanos. La economía del conocimiento, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2008. P. 131).

⁶ C. Correa, 2005: P. 6

⁷ Matias-Pereira, J. “*Política Industrial, Propiedad Intelectual y Desarrollo en América Latina*” en *Contribuciones a la Economía*, octubre 2004. P.1. 14-09-09 en <http://www.eumed.net/ce/>

⁸ Tibor Dory “*El papel de las estrategias de innovación en el desarrollo regional desde el punto de vista de los países candidatos*” ponencia presentada ante el Institute for Prospective Technological Studies, 24.08.09, en <http://ipts.jrc.ec.europa.eu/home/report/spanish/articles/vol66/REG1S666.html>

⁹ SELA, 2009 (A): P. 9. Muchos autores sostienen que el crecimiento acelerado del conocimiento es tal que estiman que durante la década final del siglo XX se adquirió más conocimientos que en toda la historia previa de la humanidad.

¹⁰ Tibor Dory, Op. Cit.

sentido, la participación del Estado es fundamental, ya que éstos deben comprometerse a fomentar estrategias de desarrollo; factores clave como la política monetaria, los tipos de interés o la innovación son muy dependientes de los movimientos globales: *“Si los Estados quieren aumentar la riqueza y el poder de sus naciones, deben entrar en la arena de la competencia internacional, dirigiendo sus políticas hacia el incremento de la competitividad colectiva de las empresas bajo su jurisdicción, así como hacia la calidad de los factores de producción de sus territorios”*¹¹.

La importancia de las políticas públicas en ciencia, tecnología e innovación en la economía global, están claramente explicitadas por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) que señala:

*“La inserción exitosa de un país en la economía global depende cada vez más de sus capacidades científicas y tecnológicas y de su habilidad para introducir y adoptar nuevos procesos y productos; por ello, saber diseñar y sobre todo implementar las políticas que moldean estos procesos cobra una relevancia creciente en las estrategias de desarrollo de cada país. Las políticas de ciencia, tecnología e innovación que sientan las bases para la generación de las capacidades endógenas en esas áreas deberían ir de la mano de las políticas que apuntan al fortalecimiento de los actores que participan en el proceso innovador; por ende, las políticas de ciencia, tecnología e innovación tienen una relación muy estrecha con las políticas de desarrollo productivo e industrial”*¹²

Dado que la innovación se desenvuelve en la economía global, conviene ahondar en la relación entre ambos conceptos: globalización y conocimiento científico tecnológico; al respecto se argumenta que la primera es el resultado del predominio de un modelo económico en el que el conocimiento es un factor que contribuye en su dinamismo, y viceversa, es decir, tanto la ampliación de mercados como el desarrollo tecnológico se refuerzan mutuamente: *“A medida que crecen los mercados y los nichos con necesidades más sofisticadas, se elevan las posibilidades de recuperar las grandes inversiones que implican actividades como investigación, desarrollo tecnológico e innovación. Y a medida que se hacen mayores inversiones y se reducen los ciclos de los productos aumenta la velocidad de los cambios tecnológicos y se requieren mayores y nuevos mercados para que aquéllas se logren recuperar”*.¹³ Lo mencionado implica

¹¹ M. Castells, La sociedad red, 117. A ello agrega el autor que sus efectos en la economía dependerán en gran medida de la participación real y efectiva del estado a través de diversas políticas: tecnológicas, educativas, respaldos investigativos, etc.

¹² Comisión Económica para América Latina y el Caribe, “Espacios Iberoamericanos. La economía del conocimiento”, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2008, P. 231

¹³ Juan Carlos Salazar Arbeláez, Amenazas y oportunidades en los Tratados de Libre Comercio y el ALCA, una mirada desde la ciencia y la tecnología, Colombia, Gente Nueva Editorial, 2004. P. 17

que el desarrollo y aprovechamiento de las capacidades científicas y tecnológicas, constituye un elemento fundamental para la generación de ventajas competitivas¹⁴ ya sea a nivel empresarial, nacional o regional. Sin duda, ambos conceptos se articulan, dado que una mayor liberalización de mercados implicará la necesidad de generar nuevas capacidades tecnológicas ya sea de adoptar, adaptar y generar tecnologías más avanzadas; sin embargo, para la consolidación de tales capacidades, además de las inversiones, es necesaria la implementación de políticas públicas de largo plazo concebidas e implementadas de manera integral, es decir, una política coordinada y sostenible que articule políticas macroeconómicas, financieras, jurídicas, institucionales entre otras¹⁵.

Fueron los avances científicos y técnicos de las últimas décadas, especialmente en los campos de la biotecnología y las tecnologías de la información y las comunicaciones (TICs), los que provocaron que el conocimiento se haya convertido cada vez más en la fuente principal de ventaja competitiva para las empresas y consecuentemente para los países¹⁶. Sin embargo, tampoco podemos desconocer las brechas tecnológicas existentes¹⁷, pues se considera que

“la tendencia a la división de naciones basada en el nivel tecnológico es cada vez más pronunciada: apenas el 15% de la población de la Tierra provee casi todas las innovaciones tecnológicas en el mundo; una segunda parte, que comprende quizás la mitad de la población mundial es capaz de adoptar estas tecnologías en la producción y consumo. El resto de la población, que abarca alrededor de un tercio de la población mundial está tecnológicamente aislada, sin capacidad para adoptar tecnologías extranjeras y muchos menos para innovar por su cuenta”^{18, 19}

¹⁴ Tal como señala el Consejo Nacional de Política Económica y Social de la República de Colombia (CONPES), tanto la producción, como el uso del conocimiento disponible, constituyen instrumentos cruciales en la producción de bienes y servicios capaces de insertarse adecuadamente en mercados competitivos. CONPES, “Bases de un plan de acción para la adecuación del sistema de propiedad intelectual a la competitividad y productividad nacional 2008-2010” 2008, Documento electrónico CONPES, No. 3533, 2008, P. 1 en <http://www.mincomercio.gov.co/eContent/Documentos/Normatividad/Conpes/CONPES3533.pdf>

¹⁵ J. Salazar, 2004: P. 17.

¹⁶ C. Correa, 2005: P. 55. “*Dentro del comercio internacional, uno de los sectores de crecimiento más rápido es el comercio de bienes y servicios de alta tecnología, los cuales requieren un alto nivel de conocimientos y en donde la protección de la PI es muy común*” P. 55-56.

¹⁷ En las palabras de Néelson Rúa Ceballos: “*debido a la brecha existente entre las sociedades del mundo contemporáneo, agudizada por la globalización, con respecto de los niveles de desarrollo tecnocientífico, la innovación nacional, regional y local, debe tener una orientación acorde con las necesidades específicas de una región o territorio. Véase Néelson Rúa Ceballos “la globalización del conocimiento científico-tecnológico y su impacto sobre la innovación en los países menos desarrollados” ponencia presentada en el I Congreso Iberoamericano de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación México, 2006. P. 2. 10-10-09 en 2006. 10-10-09, en <http://www.oei.es/memoriasctsi/mesa6/m06p28.pdf>*

¹⁸ J. Salazar, 2004. P. 15

¹⁹ Para constatar estadísticamente las brechas existentes véase ANEXO 1 y 2.

En relación a lo manifestado anteriormente, no podemos negar que hoy pocos países a nivel mundial han sido capaces de desarrollar una capacidad tecnológica sólida. *“La tan pretendida globalización del conocimiento no está ocurriendo [...] Esto presupone enfrentar los factores de impacto y obstáculos que atentan contra los procesos de innovación y que obligan a repensar los sistemas de innovación, en términos de superar las barreras y reorientar los esfuerzos en esta materia, en concordancia con las necesidades específicas de una región y atendiendo las posibilidades reales que la tecnoglobalización permite, tratando de cerrar o reducir la brecha digital”*²⁰. Es una realidad incuestionable que existe una desigualdad provocada respecto del acceso a servicios como internet y de manera general, a los equipos y sistemas propios de las tecnologías de telecomunicaciones y de información y tal como lo señala Castells, la brecha digital se pone de manifiesto *“por la división abierta entre aquellos individuos, empresas, instituciones, regiones y sociedades que poseen las condiciones materiales y culturales para operar en el mundo digital y los que no pueden o no quieren adaptarse a la velocidad del cambio”*.²¹

Pese a esta realidad, la mayoría de países en el mundo, particularmente desde fines de 1980 decidieron adherirse al nuevo modelo de desarrollo en el que se concibe que la integración al mercado mundial es vital. Empero, concordando con el criterio de Juan Salazar, el éxito o fracaso en la integración de los países al mercado mundial depende de la capacidad de aprovechar sus ventajas competitivas que están íntimamente ligadas a la generación, desarrollo y aprovechamiento de las capacidades científicas y tecnológicas. En este sentido el conocimiento adquiere cada día una mayor importancia, no solo en términos de diferenciación en el mercado global, sino también como elemento importante en el desarrollo económico y social. No cabe duda de que la producción de conocimiento es cada vez mayor, como también su participación en el mercado mundial.²²

Considerando que en el presente trabajo analizaremos las políticas en materia de propiedad intelectual, es necesario establecer su relación con el conocimiento científico tecnológico. Según la doctrina, la relación que existe entre el conocimiento y la propiedad intelectual está dada porque ésta última es una forma de conocimiento a la que las sociedades

²⁰ N. Rúa, 2006: P. 2

²¹ Mencionado por N. Rúa: 2006, P. 2

²² J. Salazar, 2004: P. 5-16

decidieron asignarle derechos de propiedad específicos.²³ Como la nueva tecnología y las nuevas ideas constituyen el corazón de la innovación, que a su vez es la fuente capital de la competitividad dinámica, la propiedad intelectual se convierte en un bien primario de la empresa y desempeña un papel importantísimo en la estrategia de la competencia.²⁴

Para nosotros, la vinculación que existe entre la ciencia, tecnología e innovación y la propiedad intelectual está dada porque ambas deben coincidir en la promoción de la creatividad y la innovación como motores del desarrollo económico y social; empero hay un desdoblamiento en cuanto a los terrenos en que se desarrolla: por un lado en las negociaciones comerciales y por otro en las políticas internas. Respecto a las primeras hay un interés creciente por parte de las economías que generan conocimiento y tecnología innovadora por elevar los estándares de protección de la Propiedad Intelectual, en virtud del cual se puede restringir a los países en desarrollo el acceso al conocimiento y tecnología internacional.²⁵ Tal es la importancia del conocimiento tecnológico en el proceso de globalización, que los países desarrollados han introducido en el sistema de la OMC el tema de la Propiedad Intelectual, regulado por el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC o TRIPs).²⁶ De la misma forma la Propiedad Intelectual es un aspecto prioritario en las negociaciones bilaterales (por su importancia particularmente para los Estados Unidos y la Unión Europea), acuerdos que tienen por objetivo una mayor profundización de la protección de la Propiedad Intelectual. A este tipo de acuerdos se los denomina ADPIC + PLUS, y como se verá más adelante, constituye una limitante mucho mayor a las prerrogativas de los países en desarrollo en el campo de la Propiedad Intelectual.

Por otra parte, en el plano nacional, las políticas internas deben ser complementarias con las medidas de liberalización comercial, es decir, deben servir de nexo entre: a) aquella liberalización que busca crear incentivos para el crecimiento económico a través de la reducción

²³ C. Correa, 2005: P. 55.

²⁴ Sistema Económico Latinoamericano y el Caribe “La relación entre la competencia, la competitividad y el desarrollo” Caracas, SELA, 2009. P. 10

²⁵ J. Salazar, 2004: P. 21-22 Cuando aquello sucede, se afecta inmediatamente el margen de maniobra de los países en cuanto a la aplicación de políticas públicas; de allí que sea necesario el correspondiente seguimiento por parte de quienes están a cargo de la formulación de políticas que pueden verse seriamente afectadas por este tipo de decisiones.

²⁶ Raúl Moscoso Álvarez, “ *Importancia de las Patentes en el Desarrollo Económico*”, en CORPIC, Seminario sobre Patentes en la Comunidad Andina, Medellín, Dike, 2001, P. 79

y eliminación de barreras arancelarias²⁷ y no arancelarias²⁸, y el fortalecimiento de las instituciones públicas destinadas para estos fines (asegurar que los bienes, servicios y capitales crucen fronteras con el mínimo de costos transaccionales) y b) políticas internas que comprenden el desarrollo de políticas públicas que incluyan regímenes de regulación apropiados, el desarrollo de instituciones eficientes y medidas destinadas a mejorar la competitividad de las empresas en el mercado global, mediante la generación de condiciones, provisión de servicios e insumos para su operación y desarrollo estratégico.²⁹ Tal como lo señala Manuel Castells, *“si bien la sociedad no determina la tecnología, si puede sofocar su desarrollo, sobre todo por medio del estado”*³⁰. O sea, la intervención estatal juega un papel fundamental en el proceso de aceleración de la modernización tecnológica, capaz de generar crecimiento económico y por ende bienestar en la sociedad. El estado puede ser una fuerza dirigente en la innovación tecnológica, pero también puede llevar a un modelo estatista de innovación conducente al estancamiento si cambia su interés por el desarrollo tecnológico (si hay una esterilización de la fuerza innovadora para crear y aplicar tecnología).³¹

*“La capacidad de generar investigación, crear conocimiento y traducirlo en nuevas tecnologías son fundamentos de la riqueza de las naciones más desarrolladas y explican en gran medida su crecimiento económico”*³². En este sentido, el sistema de protección de propiedad intelectual juega un rol importante, pues puede contribuir a estimular la creación de capacidades productivas, sin embargo, como señala la Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual, su valor para la sociedad depende de factores como las circunstancias políticas y sociales en las que

²⁷ O gravámenes entendidos como *“los derechos aduaneros y cualesquier otros cargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario o cambiario, que incidan sobre las importaciones”*. Comunidad Andina, Manual de Procedimientos del Sistema Andino de Solución de Controversias, Perú, Secretaría General de la CAN, 2008. P. 5

²⁸ O restricciones, entendidos como *“Cualquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un País Miembro impida o dificulte las importaciones, por decisión unilateral”* Comunidad Andina, Manual de Procedimientos del Sistema Andino de Solución de Controversias, Perú, Secretaría General de la CAN, 2008. P. 5

²⁹ J. Salazar, 2004: P. 22.

³⁰ M, Castells, 1999: P. 33.

³¹ M. Castells, 1999: P. 36 De la misma forma, el autor señala que *“debemos retener la comprensión de que la relación existente entre tecnología y la sociedad es que el papel del Estado, ya sea deteniendo, desatando o dirigiendo la innovación tecnológica es un factor determinante en el proceso general, ya que expresa y organiza las fuerzas sociales y culturales que dominan en un espacio y tiempo dados”* P. 38.

³² Jorge Amigo Castañeda *“La política científica y tecnológica en México y la propiedad intelectual”*, en Jorge Mario Martínez Piva (Coord.), Generación y protección del conocimiento: propiedad intelectual, innovación y desarrollo económico, México, Naciones Unidas, 2008, P. 386.

se aplica³³, por tanto, con la finalidad de que la Propiedad Intelectual sirva a los países como instrumento eficaz para el desarrollo sostenible, deben establecer políticas públicas circunscritas a sus propias necesidades y condiciones.

La Propiedad Intelectual juega un papel crucial en la sociedad, dado que constituye un promotor de la innovación a través de la protección jurídica de tal actividad, mediante el reconocimiento explícito a sus titulares, creadores e innovadores, la capacidad de excluir a terceros del ejercicio de tales derechos por un período determinado de tiempo; de esta forma se incentiva la generación de mayor innovación. Sin embargo, al mismo tiempo con la protección de la innovación se pretende beneficiar a la sociedad, al exigir la publicación de la innovación y su posterior ingreso al dominio público.³⁴ Bajo este esquema, el rol del Estado en cuanto a los Derechos de Propiedad Intelectual es el de equilibrar el interés individual y el interés de la sociedad. Más aún, podemos afirmar que *“Los DPI sólo se justifican en la medida en que sus beneficios para la sociedad sobrepasan su coste como derechos exclusivos sobre el conocimiento. En otras palabras la propiedad intelectual debería ser un instrumento de política gubernamental y no un fin en sí misma”*³⁵. Sin embargo, como se verá más adelante, la tendencia actual es que se tienda a favorecer a los titulares de derechos de propiedad intelectual, en detrimento del interés social, mediante el establecimiento de normas internacionales (ya sea en el nivel multilateral, regional y/o bilateral), que propenden a una mayor profundización o rigidez del régimen jurídico, conllevando ello, además de la otorgación de mayores beneficios al titular de derecho, a una cada vez mayor limitación de la libertad de acción de los países.

2. Políticas frente a la propiedad intelectual.

Antes de adentrarnos en el tema en cuestión, conviene hacer la siguiente precisión: las políticas públicas en materia de propiedad intelectual de carácter científico, tecnológico y de innovación

“se refieren al conjunto de objetivos, líneas de acción e instrumentos que el Estado formula y ejecuta para apoyar la generación y difusión de capacidades científicas, tecnológicas y de innovación en la economía. En general, estas políticas se sustentan en planes estratégicos donde se identifican las líneas directrices, las prioridades y los recursos para su implementación. Son instrumentos de política científica, tecnológica y de innovación los fondos de apoyo a la inversión en investigación y desarrollo y en actividades de

³³ Commission on Intellectual Property Rights, Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy en María Julia Oliva, La propiedad intelectual en el ALCA, Pocas oportunidades muchos riesgos, en Baldo Kresalja Rossello (Dir.), Anuario Andino de Derechos Intelectuales, Lima, Palestra, 2009, P. 47.

³⁴ M. Oliva, 2009: P. 49.

³⁵ *Ibíd.* P. 50

ciencia y tecnología, los parques tecnológicos, los incentivos fiscales directos e indirectos, los consorcios de investigación y el capital de riesgo, entre otros".³⁶

Autores como Carlos Correa, Alberto Cabanellas, Pedro Roffe afirman que *"En teoría, la formulación de políticas de PI en un país en desarrollo debería basarse en los conocimientos sobre cómo se puede utilizar el sistema de PI para promover los objetivos de desarrollo. Estos conocimientos se derivan del análisis de la estructura industrial del país, los sistemas de producción agrícola y las necesidades de cuidado de la salud y educación"*³⁷. Sin embargo, en la realidad fáctica, en lo que concierne al ámbito de la propiedad intelectual, existen diversos desafíos por enfrentar. Como nos menciona Álvaro Díaz, el primer desafío que se presenta al momento de establecer políticas públicas sobre propiedad intelectual, consiste en diseñar una legislación sobre propiedad intelectual que busque el equilibrio entre los incentivos a la innovación y la creación y el acceso social al conocimiento, los contenidos y los bienes indispensables para la salud humana. Pero podemos advertir desafíos mayores, porque la efectividad de la propiedad intelectual no solo se limita al campo de las leyes y reglamentos sobre propiedad intelectual, sino que también es necesario elaborar una agenda complementaria compuesta de políticas públicas y normas jurídicas que coadyuven en distintas áreas como innovación, educación, competencia y derechos del consumidor. Por último, existe el desafío de tipo institucional, que consiste en establecer una estructura administrativa eficiente y transparente que proteja tanto los intereses de los titulares de los derechos de propiedad intelectual como los de los consumidores y de la sociedad en general.³⁸

Considerando que hoy vivimos en un mundo donde existen asimetrías de distinto tipo, entre otras de carácter científico, tecnológico y económico, las políticas públicas juegan un papel importante principalmente en los países en desarrollo, ya que nos dan la posibilidad de catalizar esfuerzos que permitan hallar y aprovechar oportunidades en pro de lograr a mediano y largo plazo mayor bienestar económico y social y nos permitan al mismo tiempo disminuir la desigualdad en cuanto a niveles tecnológicos.³⁹

³⁶ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, "Políticas públicas para fortalecer las capacidades científicas, tecnológicas y de innovación en Iberoamérica: algunas propuestas", Santiago, Naciones Unidas, 2008, P. 231

³⁷ C. Correa, 2005: P. 338. Empero, los mismos autores sostienen que estos países para llevar a cabo esta labor, por lo general, carecen de las habilidades y pruebas necesarias.

³⁸ Álvaro Díaz, América Latina y el Caribe: La propiedad intelectual después de los tratados de libre comercio, Santiago de Chile, Naciones Unidas, 2008. P. 206

³⁹ Una parte de la doctrina considera que si bien no hay óptimos en cuanto a políticas de innovación y tecnología, de la historia se desprende que estas estarán conformes y apoyaran la evolución de la transformación del sistema

Es un hecho que las políticas de protección de propiedad intelectual propugnadas por los países desarrollados pueden no ser las mismas que las de los países no desarrollados, pues los países desarrollados son esencialmente productores de tecnología, en consecuencia promueven la protección fuerte o dura de la Propiedad Intelectual que proteja al innovador frente a terceros; en cambio, los países en desarrollo o menos desarrollados, son esencialmente importadores de tecnología, por tanto enfatizan en la necesidad de que dicho conocimiento sea de dominio público, y por ello proponen una protección débil.⁴⁰

Para los Países la Propiedad Intelectual es un instrumento que contribuye en la promoción de la innovación y el fomento del desarrollo, en tanto y cuanto se establezca un equilibrio entre los derechos individuales (a través del otorgamiento de derechos exclusivos al producto de su creación) y los derechos de la sociedad (a través de la difusión del producto de la creación y su posterior ingreso al dominio público). Empero cuando existen normas rigurosas en el ámbito internacional, estas representan desafíos principalmente para los Países en Desarrollo, en diversas áreas que son consideradas de vital importancia para el interés colectivo tales como: desarrollo tecnológico, salud pública y seguridad alimentaria.⁴¹

Lamentablemente, una dificultad relevante para el establecimiento de políticas en materia de propiedad intelectual *“está determinada, en gran medida, por el derecho internacional, en particular, en el caso de los países en desarrollo. Estos países son inducidos, a través de diversos medios a adoptar los estándares de protección de la PI elaborados en países desarrollados, usualmente a través de la coerción o como condición previa para preservar o acceder a mayores mercados en el contexto de acuerdos de libre comercio (ALC). Dichos estándares están definitivamente influenciados por las industrias, que pueden beneficiarse de nuevas o fortalecidas formas de protección de la PI”*⁴²

En cuanto al plazo de incorporación de las políticas públicas, se considera que las políticas públicas a aplicarse deben ser a largo plazo, considerando que *“las políticas públicas moldean los procesos de desarrollo y afectan la dirección y la tasa de progreso técnico y de*

productivo aplicado por los países, lo que afecta indiscutiblemente el bienestar, crecimiento y distribución del ingreso.

⁴⁰ Ignacio de León “¿Puede la política de competencia moderar los excesos de la Propiedad Intelectual?” en Universidad Externado de Colombia, La Propiedad Inmaterial, Colombia, Revista del Centro de Estudios de la Propiedad Intelectual, Número 8, Primer Semestre 2004, P. 12.

⁴¹ M. Oliva, 2009: P. 52.

⁴² C. Correa, 2009: P. 391.

*crecimiento. Construir capacidades tecnológicas que sustenten la innovación a largo plazo no es tarea fácil. Las tecnologías no se generan ni se difunden espontáneamente”.*⁴³

No podemos obviar que existe un reto grande en función a las políticas en Propiedad Intelectual, ya que, además de los razonamientos dados hasta ahora, en lo relativo a la toma de decisiones dentro de un gobierno constituye una cuestión multidisciplinaria, ya que afecta diferentes dependencias gubernamentales, las cuales tendrán diferentes posturas que deberán ser reconciliadas, pero además dichas decisiones se enfrentarán a presiones de distintos grupos industriales u otras organizaciones civiles con determinadas posiciones sobre este tema (en torno a sus intereses), que pueden o no ser coincidentes con las decisiones gubernamentales, pero también deben hacer frente a las presiones internacionales de países y/u organismos internacionales que pueden ejercer una presión formal o informal si creen que sus intereses están en juego. A estos elementos debemos agregar como reto a enfrentar (principalmente para nuestros países), la débil capacidad institucional, y que además no cuenta con el personal dotado de la experiencia y conocimientos necesarios.⁴⁴ En suma, debemos reconocer que la elaboración de políticas de propiedad intelectual es una tarea compleja, que con miras al desarrollo debe ser coordinada y completa.

En el presente trabajo no se pretende analizar en profundidad las políticas públicas de desarrollo de la propiedad intelectual, relacionadas con el desarrollo científico, tecnológico y de innovación de los países, solamente pretendemos caracterizar algunas de las más importantes que a nuestro juicio fortalecen la capacidad innovadora de los sistemas productivos, repercutiendo en consecuencia en el desarrollo. Las políticas que presentaremos a continuación serán: la inversión en investigación y desarrollo, la formación de capital humano, el desarrollo de una legislación adecuada, el fortalecimiento de la capacidad institucional en materia de diseño, implementación y evaluación de políticas, los estímulos de carácter financiero y fiscal, la promoción de la creación de entidades para la transferencia de tecnología, y finalmente las políticas de competencia.

⁴³ CEPAL, “Políticas públicas para fortalecer las capacidades científicas, tecnológicas y de innovación en Iberoamérica: algunas propuestas”, Santiago, CEPAL, 2008, P. 231

⁴⁴ C. Correa, 2005: P. 338.

2.1. La inversión en investigación y desarrollo

Tomando en cuenta de que el objetivo de las políticas públicas es el de ayudar a crear condiciones para desarrollar el proceso de innovación, y avanzar en la complementariedad de la estructura productiva, a diferencia del mundo desarrollado, *“la innovación en los países en desarrollo está muchas veces más relacionada al proceso de adoptar y adaptar nuevas tecnologías o formas de comercialización que a crear nuevas tecnologías o procesos. Por lo tanto, en los países en desarrollo la innovación (definida en un sentido amplio) está básicamente relacionada con la inversión [...]”*⁴⁵

“El avance de la tecnología compite por financiamiento con otras actividades, donde la fuente es el capital privado o una asignación dentro de un presupuesto gubernamental”.⁴⁶

Indudablemente, a través de inversión pública y privada destinada a la investigación y desarrollo se puede generar mayor competitividad, sin embargo, esto *“requiere estrategias nacionales de largo aliento, compuestas de etapas o fases, para poder avanzar en forma sostenida hacia sistemas de innovación de escala nacional, regional o ambas”*.⁴⁷ El incremento de gasto en ciencia y tecnología aumentará la capacidad de aprendizaje, innovación y producción de artículos científicos.⁴⁸ *“El diseño e implementación de políticas de innovación para inducir un mayor gasto en I+D y así expandir la tasa de introducción de nuevos productos y procesos al mercado es parte de la agenda de los diseñadores de políticas en casi todos los países”*⁴⁹.

2.2. La formación de capital humano.

En esta era de globalización, el factor humano ya no puede ser considerado simplemente un recurso, pues constituye parte esencial en la creación (adopción o adaptación) de nuevas inventivas, el desarrollo de mayor conocimiento, por ello, ha llegado a adquirir mayor importancia.

⁴⁵ Jorge Mario Martínez Piva *“La protección de los derechos de propiedad intelectual, la innovación y el desarrollo”* en Jorge Mario Martínez Piva (Coord.), Generación y protección del conocimiento: propiedad intelectual, innovación y desarrollo económico, México, Naciones Unidas, 2008, P. 70.

⁴⁶ Robert M. Sherwood, Propiedad intelectual y desarrollo económico, Argentina, Heliasta S.R.L., 1995

⁴⁷ Á. Díaz, 2008. P. 207.

⁴⁸ Á. Díaz, 2008: P. 208 Sin embargo, se advierte que estas medidas no necesariamente tienen como consecuencia la generación de un mayor patentamiento, dado que para que ello suceda es necesario además cambiar la estructura de las políticas públicas actuales, introduciendo programas de incentivo para patentamiento o generar otros títulos de propiedad en favor de las universidades, centros tecnológicos públicos y también empresas privadas

⁴⁹ Gabriela Dutrénit, “Premisas e instrumentos de la política de innovación: una reflexión desde el caso mexicano” en Jorge Mario Martínez Piva (Coord.), Generación y protección del conocimiento: propiedad intelectual, innovación y desarrollo económico, México, Naciones Unidas, 2008, P. 307.

Es claro que en este nuevo contexto económico basado en la economía, el capital humano es de vital importancia para sustentar el dinamismo innovador de los países. Hoy pasaron a considerarse elementos centrales de la estrategia de desarrollo tecnológico de los países a la educación y formación del capital humano. La experiencia de los países desarrollados, nos muestra que el énfasis en el capital humano (y generación de infraestructura institucional), constituye factor determinante del desarrollo y su inserción en el mercado internacional.⁵⁰

Con esta política pública, nos referimos al mejoramiento de la calidad de las instituciones de enseñanza e investigación, la promoción del incremento del número de graduados postuniversitarios. También es de vital importancia, la cooperación a nivel nacional e internacional con la finalidad de aprovechar la diversidad y complementariedad.⁵¹

Al respecto, Álvaro Díaz sostiene que *“una estrategia de desarrollo en ciencia, tecnología e innovación debe prestar especial atención a la creación de capacidades. Esto supone incrementar los esfuerzos presupuestarios para ampliar la infraestructura tecnológica e incrementar el ritmo de formación de recursos humanos de excelencia mundial. Al mismo tiempo, es preciso modificar gradualmente la orientación de los esfuerzos. Sin desestimar los avances en la producción científica, debe incentivarse a universidades y empresas a incrementar las actividades de investigación y desarrollo orientadas a la innovación tecnológica”*.⁵²

2.3. El desarrollo de una legislación en materia de propiedad intelectual.

Como señala Martín Uribe, la regulación en la propiedad intelectual *“refleja una concepción política y económica, que está implícita en la normatividad. Un modelo de desarrollo que se implementa para alcanzar determinadas metas de crecimiento y bienestar social. La ausencia o presencia de propósitos se manifiesta en el ordenamiento jurídico”*⁵³. Dentro de las áreas que abarca la Propiedad Intelectual, uno de los campos más sensibles a las políticas de desarrollo que adoptan los países es el de propiedad industrial, porque se considera que constituye el ámbito que regula aspectos relativos a la tecnología, los cuales son vitales para el desarrollo.

⁵⁰ CEPAL, “Espacios Iberoamericanos: La economía del conocimiento”, 2008, P. 33

⁵¹ CEPAL, “Políticas públicas para fortalecer las capacidades científicas, tecnológicas y de innovación en Iberoamérica: algunas propuestas” 2008, P. 235

⁵² Álvaro Díaz, 2008: P. 207.

⁵³ Martín Uribe Arbeláez, Propiedad Industrial, neoliberalismo y patente de la vida, Bogotá, Doctrina y Ley Limitada, 2002. P. 117

Su tratamiento se mueve en dos extremos: Privilegiar al titular de la creación o sin desconocer sus derechos encauzarla dentro de los límites necesarios con miras a su asimilación efectiva y sujeción a un plan de crecimiento económico.⁵⁴ Los países regulan sus ordenamientos jurídicos internos conforme a sus circunstancias y necesidades, sin embargo, considerando que casi la totalidad de países son miembros de la OMC o están en procura de ingresar a ella,⁵⁵ tienen la obligación de implementar las normas ADPIC, lo que supone la adecuación del sistema normativo nacional a las reglas multilaterales, implicando en consecuencia que el margen de maniobra de los países en cuanto a la formulación de políticas respecto de las obligaciones y derechos a imponer disminuyen. No obstante, los países en desarrollo deben aprovechar las flexibilidades que otorga el sistema multilateral, con el propósito de buscar el desarrollo económico y social.

A continuación, haremos una breve referencia de los principales institutos en propiedad intelectual, que a nuestro juicio son importantes para el desarrollo.

Considerando que el ámbito de las patentes constituye el eje regulador de las innovaciones conviene referirnos a ella. Al respecto la doctrina menciona que existen varios desafíos

*“Ante todo, regular los alcances y el requisito de originalidad de las patentes, al tiempo que determinar las exclusiones o materias que no serán patentables. Respecto de los dos primeros, se sabe que mientras mayor sea el ámbito de las reivindicaciones otorgadas y menor el requisito de originalidad, mayor será el grado de monopolio inducido. De ser así, durante las primeras fases de las estrategias de innovación no conviene facilitar el otorgamiento de patentes ni ampliar su monopolio. Es preferible un sistema de patentes exigente que permita reivindicaciones específicas, porque así se facilitará la innovación imitativa y gradual, aunque no sea patentable. Ello no impide la posibilidad de aplicar una reglamentación diferenciada por áreas tecnológicas, en que la combinación del requisito de originalidad con el ámbito de la reivindicación de ella tenga geometrías diferentes para las áreas que se estima más estratégicas para el país. Otro desafío se relaciona con las materias que no se considerarán patentables”.*⁵⁶

Realizando un análisis más detallado, se debe establecer una serie de regulaciones, como el establecimiento del grado de rigurosidad de los criterios para otorgar patentes, desarrollar las exclusiones permitidas por el sistema multilateral y nivel bilateral de propiedad intelectual, regular con sumo cuidado las patentes en materia de recursos naturales y ciencias de la vida.

⁵⁴ M. Uribe, 2002: P. 117

⁵⁵ C. Correa, 2005: P. 336

⁵⁶ Álvaro Díaz, 2008: P. 209

En relación al grado de profundización de regulación del sistema de propiedad intelectual la tendencia actual predominante para los países en desarrollo es la que siguen autores como Joseph Stiglitz, Carlos Correa, Lessig Lawrence, Álvaro Díaz, Pedro Roffe, Maximiliano Santa Cruz, quienes consideran que altos niveles de protección de Propiedad Intelectual pueden ralentizar la innovación, “*cuanto mayor sea el alcance de la propiedad intelectual (cuantas más cosas puedan patentarse, cuanto más abarquen las patentes) mayor la recompensa de quien posee la patente – y mayor el alcance del monopolio y de los costes que comporta*”⁵⁷, teniendo consecuencias negativas de importancia en términos de distribución, a más de no contribuir al desarrollo tecnológico.⁵⁸ Esto puede suceder en los países en desarrollo y menos desarrollados, donde una mayor protección de Propiedad Intelectual brinda pocos incentivos o ninguno, a la innovación local.⁵⁹ De la misma forma sostiene Lawrence Lessig, cuando advierte que poseer un sistema de protección en materia de patentes es más ventajoso que no tenerlo, dado que sin la protección del gobierno no se daría lugar a la investigación e innovación; pero tampoco, sólo porque la protección sea positiva quiere decir que cuanto más protección sea mejor (genere mejores condiciones en el mercado); más que una protección sin límites, nuestra tradición nos enseña las virtudes del equilibrio y los peligros inherentes de un régimen demasiado estricto de propiedad intelectual⁶⁰.

Respecto al criterio adoptado para el otorgamiento de patentes, se sostiene que para evitar ir en contra de la libre competencia es deseable apostar a un “*sistema “severo”, que solo conceda las patentes en el caso de que la invención supere el umbral de novedad y actividad inventiva que exigen las leyes*”⁶¹ Se afirma por ejemplo que si los requisitos de originalidad son laxos, o poco exigentes podrían obtenerse un sinnúmero de patentes, sin embargo, aumentaría el riesgo de crear una maraña que facilitará los litigios⁶² oportunistas⁶³, además que daría lugar a

⁵⁷ Joseph E. Stiglitz, Como hacer que funcione la Globalización, Colombia, Taurus Pensamiento, 2006, P. 150 y 153

⁵⁸ Joseph E. Stiglitz, 1999, P. 315 en C. Correa, 2009: P. 396

⁵⁹ C. Correa, 2009: P. 396

⁶⁰ Lawrence lessig, The Problem with patents, 1999, 5-09-09 en <http://www.lessig.org/content/standard/0,1902,4296,00.html>

⁶¹ L. Berenguer, 2006.

⁶² Pero por otro lado, la otra parte de la doctrina sostiene que si los requisitos exigidos en materia de patentes son exagerados, allí también se podría dificultar la generación de patentes, fundamentalmente para proteger las innovaciones de carácter gradual o evolutivo.

⁶³ Álvaro Díaz, 2008: P. 34

que la invención se enmarque en un campo tecnológico en general, y que no sea preciso establecer una contribución técnica (ejemplo claro Estados Unidos).⁶⁴

Un área de especial importancia para las políticas en Propiedad Intelectual, es el relativo a las exclusiones permitidas. Los países pueden utilizar las flexibilidades que provee el ADPIC. En primer lugar, el área de la biotecnología⁶⁵, donde según la doctrina los países debieran abstenerse de otorgar patentes para genes, plantas, animales, sólo por el hecho de introducir uno o varios genes⁶⁶. De no hacerlo se correría el riesgo de otorgar protección sobre organismos multicelulares, situación que profundizaría un derecho monopólico y por otra parte inhibiría la innovación⁶⁷. De la misma forma se afirma que no se debería aceptar las patentes de segundo uso⁶⁸, porque ello implicaría prolongar innecesariamente los términos de protección concedidos a los titulares de patentes, perjudicando a la sociedad en sectores como los medicamentos, ya que constituiría un obstáculo para el ingreso de los genéricos.

En definitiva *“los países en desarrollo deberían crear sistemas de patentes que tengan en cuenta sus circunstancias económicas y sociales particulares. Tanto las oficinas de patentes como los cuerpos legislativos de los países en desarrollo necesitan ser plenamente conscientes del impacto comercial y social de los enfoques que siguen a la hora de idear y poner en práctica sus políticas de patentes”*⁶⁹.

⁶⁴ Martín Uribe Arbeláez, La transformación de la Propiedad Intelectual, Bogotá, Doctrina y Ley Ltda., 2005, P. 208.

⁶⁵ El Convenio de Biodiversidad Biológica define a la biotecnología como “toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos”. En biotecnología destacan los transgénicos y procesos asociados, los genes y secuencias de genes.

⁶⁶ Al respecto Jorge Cabrera Medaglia *“Derechos de propiedad intelectual y diversidad biológica: consideraciones para América Latina”* en Jorge Mario Martínez Piva (Coord.), Generación y protección del conocimiento: propiedad intelectual, innovación y desarrollo económico, México, Naciones Unidas, 2008, P. 262 sostiene que *“Los DPI excluyen a terceros del uso de las invenciones que sean nuevas, posean un nivel inventivo y tengan aplicación industrial, lo cual excluye los descubrimientos. Los recursos genéticos y biológicos en su estado natural no son susceptibles de protección mediante DPI. Por tanto, hablar de la privatización de la biodiversidad mediante patentes de materia viva es inexacto. Un ente biológico alterado cumple los requisitos de protección por patentes sin afectar el derecho soberano sobre el ente original. No obstante, las modalidades e interpretación que las patentes de biotecnología han ido adquiriendo en naciones desarrolladas, especialmente en Estados Unidos, parecen borrar la diferencia entre invención y descubrimiento”*.

⁶⁷ A. Díaz, 2008: P. 211

⁶⁸ Al respecto el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se ha pronunciado a través de sentencia 89-AI-2000 que “en los Países Andinos, con intervención de sus respectivas Autoridades Nacionales, podrán ser otorgadas “PATENTES DE INVENCION” sean éstas para productos o para procedimientos en todos los campos de la tecnología. No puede desprenderse [...] la posibilidad de patentamiento de otra clase o naturaleza de creaciones distintas a las invenciones, como por ejemplo los usos o, concretamente, los segundos usos”.

⁶⁹ C. Correa, 2005: P. 282

Por su importancia, si bien no forman parte de las patentes, dada sus particularidades, y considerando su relevancia para los países en desarrollo⁷⁰ conviene también referirnos a los conocimientos tradicionales⁷¹, las expresiones culturales y los recursos genéticos conexos⁷², considerando que nuestra región se halla privilegiada por su rica biodiversidad y el invaluable patrimonio inmaterial de sus conocimientos tradicionales⁷³ y el desarrollo folclórico⁷⁴. En lo que respecta a estas áreas, no es posible aplicar de manera general el concepto de derechos de

⁷⁰ Los países andinos están dentro del grupo de países Megadiversos y Afines.

⁷¹ Con el objeto de evitar problemas en cuanto a su contenido y alcance, conviene previamente presentar unas definiciones concretas. Conceptualmente la Comunidad Andina y la Corporación Andina de Fomento señalan que *“los conocimientos tradicionales son todas aquellas sabidurías ancestrales y conocimientos colectivos e integrales que poseen los pueblos indígenas afroamericanos y comunidades locales fundamentadas en la praxis milenaria y su proceso de interacción hombre-naturaleza, y transmitidos de generación en generación, habitualmente de manera oral”*. (CAF, Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena) En el mismo sentido, los conocimientos tradicionales pueden ser entendidos como *“todos aquellos conocimientos, costumbres y creencias (materiales y espirituales) que son transmitidos verbalmente, de generación en generación, en el seno de un pueblo o comunidad”* (Natalia Tobon “Los conocimientos tradicionales como propiedad intelectual en la Comunidad Andina”, en “Derechos intelectuales” P. 136.). De las definiciones anteriormente emitidas, podemos inferir las siguientes características: a) los conocimientos tradicionales son traspasados de generación en generación, por ende, es su riqueza la que se transmite. El carácter de intergeneracional hace que sea tan necesario tutelarlos de forma efectiva. b) Han sido adquiridos y probados en la práctica c) Tienen una vinculación estrecha con el territorio, el uso de los recursos naturales y el ambiente, d) Tiene diversas formas de expresión: en la forma de trabajar la tierra o la agricultura, la organización, cosmovisión, la práctica espiritual, la medicina tradicional y las relaciones entre especies animal y vegetal; en otras palabras, tienen estrecha relación con la forma de mirar el mundo desde lo natural, por lo que las relaciones de hombre, la tierra y la naturaleza son un todo y d) Se reflejan en la cultura, religión, educación, la salud y el estado del medio ambiente. Natalia Tobon “Los conocimientos tradicionales como propiedad intelectual en la Comunidad Andina”, P. 136.)

Un aspecto de mucha importancia es que los conocimientos tradicionales, son conocimientos como tales, es decir, las ideas propiamente dichas (no su expresión o materialización), por esto surge el problema de que no son sino elementos que pueden ser protegidos mediante derechos de propiedad intelectual y que están relacionados con el uso de los conocimientos tradicionales más que con sus expresiones (Gonzalo Ferrero Diez Canseco Protección de los conocimientos tradicionales, biodiversidad, el Tratado de Libre Comercio, ASTREA, Buenos Aires, 2005. P. 177)

⁷² Según el criterio del SELA, el cual compartimos, en los últimos tiempos se ha venido ahondando en la protección de estos ámbitos relevantes principalmente para los países en desarrollo, dado que se ha venido ocasionando un constante y cada vez más profundo erosiónamiento de la diversidad genética y la pérdida de conocimientos tradicionales. (SELA, La protección de los conocimientos tradicionales, las expresiones culturales tradicionales (folclor) y los recursos genéticos conexos: Enfoque desde el SELA, Caracas, SELA, 2009. P. 3)

⁷³ Hasta el momento la protección de los conocimientos tradicionales en el plano internacional es sinónimo de preocupación por la defensa de sus derechos. Existe una serie de instrumentos internacionales que regulan de alguna forma los derechos de propiedad intelectual de los pueblos indígenas, tales como la Declaración de Naciones Unidas para la protección de los derechos indígenas (Art. 11.1), Convenio 169 de la OIT (Arts. 7, 13, 14), Convenio sobre Diversidad Biológica (Preámbulo, Art. 8 apartado j) y organismos creados a este efecto, como la División de las Cuestiones Globales de Propiedad Intelectual y el Comité Intergubernamental sobre la propiedad intelectual y los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y el folclore (ambos órganos de la OMPI); no obstante, debido al conglomerado de fuentes (lo cual en un momento dado puede traer contradicciones y/o menor eficacia aplicativa) resulta completamente necesario establecer un régimen internacional común de los derechos de Propiedad de los pueblos indígenas.

⁷⁴ Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, La protección de los conocimientos tradicionales, las expresiones culturales tradicionales (folclor) y los recursos genéticos conexos: Enfoque desde el SELA, Caracas, 2009, SELA, P. 3.

propiedad intelectual a los pueblos indígenas, puesto que “*es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres*”.⁷⁵

El respecto de los derechos de los pueblos indígenas, en especial a beneficiarse por el uso de su conocimiento, constituye uno de los pilares de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, requisito indispensable para su desarrollo. Por ello, es necesario que los Estados respeten los derechos de los pueblos indígenas, garantizándoles recursos adecuados, con el objetivo que mantengan una vida digna.⁷⁶ Para una protección efectiva de los conocimientos tradicionales, se advierte la necesidad de analizar la viabilidad de desarrollar e implementar un Régimen de Protección de los conocimientos tradicionales⁷⁷. En el mismo sentido Diez Canseco manifiesta que a nivel interno, son muchos los países que han promulgado y puesto en práctica leyes nacionales que constituyen el principal mecanismo de protección, y algunos han adoptado mecanismos sui generis en razón a que el actual sistema de propiedad intelectual vigente en el mundo no se considera adecuado a tal fin.⁷⁸ Como este autor, muchos han manifestado que los conocimientos tradicionales se protejan bajo un nuevo derecho específico que no corresponda a los derechos de autor o patentes, sino a un derecho denominado “*derechos sobre conocimiento tradicional*”.⁷⁹

Por último, es claro que a través de un sector agrícola productivo y sostenible se puede alcanzar el desarrollo económico y reducir la pobreza, más aún considerando que tres cuartas partes de pobres en el mundo viven y trabajan en zonas rurales⁸⁰; dicho aumento de productividad se logra si se obtienen nuevas variedades de plantas capaces de aumentar su rendimiento, generar mayor

⁷⁵ Corte Internacional de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Yakyé Axa Vs. Paraguay, Párrafo 63

⁷⁶ Elizabeth Salmón Gárate y Erick Acuña Pereda, “En búsqueda de una real protección internacional de los pueblos indígenas y sus derechos de propiedad intelectual: la importancia de defender lo diferente”, en Baldo Kresalja Rossello (Dir.), Anuario Andino de Derechos Intelectuales, Lima, Palestra, 2009, P. 289.

⁷⁷ Pamela Ferro, “Acceso a recursos genéticos y conocimientos tradicionales: escenario actual y últimos avances legislativos a nivel nacional”, en Baldo Kresalja Rossello (Dir.), Anuario Andino de Derechos Intelectuales, Lima, Palestra, 2009, P. 308.

⁷⁸ Gonzalo Ferrero Diez Canseco “Protección de los conocimientos tradicionales, biodiversidad, el Tratado de Libre Comercio” en “Derechos Intelectuales” ASTREA, Buenos Aires, 2005. P. 181.

⁷⁹ Natalia Tobon “Los conocimientos tradicionales como propiedad intelectual en la Comunidad Andina”, en “Derechos intelectuales” Astrea, Buenos Aires, 2003.

⁸⁰ C. Correa, 2005: P. 161

calidad, otorgar mayor resistencia a las plagas⁸¹, de ahí que para ofrecer incentivos a los obtentores de variedades vegetales sea necesaria su protección jurídica. Sin embargo, al mismo tiempo es imprescindible reconocer la contribución de los agricultores a la conservación y el desarrollo de los recursos fitogenéticos, ya que *“Hasta que se introdujeron programas de fitomejoramiento, las mejoras de las variedades y cultivos dependían de selección y experimentación realizado por los agricultores. Los programas formales de fitomejoramiento han utilizado aquellas variedades y aquellos conocimientos con el fin de desarrollar variedades mejoradas con una productividad más alta o con características más deseables. La cuestión consiste en si se debe proteger o recompensar esta contribución de los agricultores a la conservación e innovación”*⁸².

Ahora bien, observando la propiedad intelectual desde otra perspectiva, es decir, de los países industrializados, no podemos desconocer que por los intereses patrimoniales que los Derechos de Propiedad Intelectual representan para los propietarios y de ingresos para los países desarrollados, sus políticas van en sentido opuesto (excepto la ley Bayh-Dole que nos parece positiva), se puede observar las siguientes tendencias que a nuestro juicio son ilustradas sintéticamente por Sercovich:

“a) Por medio de un cúmulo de decisiones judiciales y administrativas, en Estados Unidos, se ha ido fortaleciendo la protección de los conocimientos crecientemente [que representan] base a las investigaciones, alcanzando inclusive lo que podría considerarse como conocimiento científico de carácter genérico; b) Se verifica una mayor tendencia a la ampliación de materia patentable [...] a una variedad de conocimientos antes no patentables, incluyendo el aislamiento y purificación de sustancias naturales y a organismos vivos, software, métodos de negocios y bancos de datos [...] c) Se observa un relajamiento de los estándares de no obviedad (novedad), así como una reducción de la calidad de los DPI otorgados; d) Con el estímulo de la ley Bayh-Dole, aprobada en 1980 por Estados Unidos con objeto de acelerar la transferencia de tecnología originadas en las universidades por medio de su protección con DPI, las universidades de ese país pasaron a ser activos importantes de una competencia por maximizar sus rentas

⁸¹ Al respecto Antonio Pérez, afirma *“El desarrollo de una nueva variedad es un proceso largo y costoso. El proceso exige observar muchas plantas en diferentes condiciones de cultivo y durante muchas estaciones; luego seleccionar la planta con las características deseables y fijar su estructura genética. Todo eso puede llevar fácilmente 10 a 15 años. La inversión requerida en terreno, equipos y mano de obra calificada durante dicho período son importantes y entraña un riesgo alto por el posible fracaso del proceso, o por un cambio en las condiciones del mercado durante ese tiempo. En cambio, la reproducción y multiplicación de una variedad es rápido y fácil. Por lo tanto, es necesario un procedimiento que ofrezca al obtentor de una nueva variedad, una rentabilidad que justifique la inversión y los riesgos asumidos. Así se establece un régimen que genera derechos del obtentor sobre la variedad obtenida que le generan una renta superior a la que recibiría en condiciones de libre competencia en el mercado”* Antonio Pérez Errazquin, “Las semillas y la Propiedad Intelectual” en MERCOSUR, “Negociaciones sobre propiedad intelectual: algunos impactos en sectores productivos e innovación” MERCOSUR, 2005.

⁸² Carlos Correa, 2005: P. 164

por licencias de DPI [...] El modelo de la citada ley está siendo activamente replicado por otros países industriales [...] e) Los estándares relativos a la información requerida para obtener la titularidad de DPI han sufrido un considerable debilitamiento. Esto es especialmente observable en el caso del software. f) Se advierte una erosión de las excepciones por investigación y experimentación. g) Vinculado con lo anterior, se registra una creciente tendencia hacia el patentamiento de los insumos y herramientas necesarios para la investigación científica y tecnológica [...] Esta tendencia puede afectar la agenda de investigación científica y tecnológica, y limitar considerablemente la productividad inventiva. h) También se observa una tendencia de los fallos judiciales a favorecer a los titulares de los DPI. i) Se verifican también avances que coartan lo que hasta hace poco eran considerados legítimos derechos de realización de actividades de ingeniería inversa.”⁸³

Después de haber visto las políticas de propiedad intelectual, nos parece necesario señalar que todas las políticas y normativas en DPI intelectual pueden ser resumidas en dos corrientes: por un lado aquella corriente del pensamiento que afirma que los derechos de PI en cuanto a su ampliación como su correcta aplicación, son factores necesarios para estimular la innovación y el desarrollo tecnológico y de esta manera generar el crecimiento y desarrollo económico. Y de la misma forma, bajo dicha perspectiva en virtud de un régimen más abarcativo y estricto de propiedad Intelectual, se promoverá mayor flujo y radicación de significativa inversión extranjera, inversiones que serán las portadoras del adelanto tecnocientífico, por ende, implicarían transferencia de tecnología a los entes locales, lo que a su vez generaría mayor productividad. Bajo esta concepción no sería relevante la relación norte sur, porque se asumiría una perspectiva global. En consecuencia, bajo esta óptica se sostiene que los países en desarrollo, deberían considerar la aplicación flexible de la legislación y observación en materia de propiedad intelectual, que si bien puede traer beneficios estos serían a corto plazo, porque ello implicaría desestimular la inversión extranjera, y porque implicaría un desincentivo en investigación y desarrollo en los propios países desarrollados, conllevando consiguientemente efectos negativos sobre el bienestar global.⁸⁴

Por otro lado, al frente estaría la otra corriente del pensamiento en torno a la Propiedad Intelectual, aquella que afirmaría que la historia del desarrollo enseña que los países que actualmente ostentan altos grados de progreso tecnocientífico, y que cuentan con sectores

⁸³ F.C. Sercovich, *Tratados de libre comercio, derechos de propiedad intelectual y brecha de desarrollo: dimensiones de política desde una perspectiva latinoamericana*, México, Naciones Unidas, P. 13-15

⁸⁴ Gabriel Papa, “Los ADPIC, los TLC’s y su relación con la innovación y el acceso al conocimiento” en Comisión Sectorial para el MERCOSUR, *Negociaciones sobre propiedad intelectual: algunos impactos en sectores productivos e innovación*, 2005. P. 139

productivos innovadores, en el pasado se beneficiaron de la laxitud o flexibilidad de los anteriores regímenes de Propiedad Intelectual y del mismo modo, similar estrategia ha sido seguida por países en desarrollo que hoy cuentan con gran desarrollo científico y tecnológico⁸⁵. Bajo esta perspectiva, las ventanas de oportunidad que en el pasado fueron utilizadas, estarían siendo cerradas por la tendencia hacia un reforzamiento de los regímenes de propiedad intelectual. Se estima que el aumento de rigidez en los regímenes de propiedad intelectual no sólo impediría el aprendizaje tecnológico por medio de ingeniería inversa o imitación, sino que además habilitaría a las empresas transnacionales propietarias de los derechos de propiedad intelectual, eliminar la competencia nacional en virtud de las patentes y la importación, ya que dicho régimen le permitiría abastecer el mercado interno, sin la necesidad de su fabricación local. Más aún, se sostiene que en ámbitos tan sensibles como la salud pública, con dicha tendencia se aumentarían los costos de los medicamentos, y por otra parte se limitaría u obstaculizaría el desarrollo de las medicinas orientadas a satisfacer las necesidades sanitarias específicas de los países en desarrollo (bajo esta perspectiva por ejemplo, se obstaculizaría el desarrollo de los

⁸⁵ Por ejemplo, “*Se afirma que entre 1780 y 1836 Estados Unidos, un importador neto de tecnología, restringió la expedición de patentes a sus ciudadanos y residentes. Incluso en 1836, las tasas por obtención de patentes que se cobraban e los extranjeros eran diez veces superiores a las aplicadas a los ciudadanos estadounidenses [...] Hasta 1891, la protección de los derechos de autor en Estados Unidos, estaba restringida a los ciudadanos estadounidenses, aunque al mismo tiempo varias limitaciones sobre los derechos de autor extranjeros continuaron en vigor [...] lo que retrasó el ingreso de Estados Unidos en el Convenio de Berna sobre Derechos de Autor hasta 1989 [...] Hasta la adopción del convenio de París (sobre la propiedad industrial) en 1983, y de su homólogo en Berna en 1886 [sobre obras literarias y artísticas], la capacidad de los países de adaptar sus sistemas a sus circunstancias no tenía restricciones*” Por otra parte, se nos enseña que históricamente en lo que respecta a patentes, un gran número de países, en diferentes momentos, excluyó el patentamiento de ciertas invenciones en ciertos sectores industriales, tales como la alimentación, farmacéutico y químico, bajo el argumento de que era necesaria la imposición de monopolios a productos esenciales y que la transferencia de tecnología era mucho más importante que el estímulo de la innovación. Así se afirma que “*Un gran número de países (que ahora son países desarrollados) adoptaron este enfoque en el siglo XIX, y algunos continuaron hasta bien entrado el siglo XX, una situación que países del este asiático (por ejemplo, Taiwán y Corea han compartido hasta hace poco*” Incluso, nos advierten que a partir de la flexibilidad en Propiedad Intelectual se puede lograr el desarrollo tecnocientífico: “*los mejores ejemplos de la historia reciente del desarrollo son los países que se sirvieron de una protección débil de la PI adaptada a las circunstancias particulares de su etapa de desarrollo. A lo largo de la fase crítica del crecimiento rápido en Taiwán y Corea -entre 1960 y 1980- que transformo sus economías, ambos países centraron sus esfuerzos en la importancia de la imitación y la ingeniería inversa como un elemento fundamental del desarrollo de su capacidad tecnológica e innovadora. Corea promulgó legislación sobre patentes en 1961, aunque se excluyeron del ámbito de las patentes los sectores alimentario, químico y farmacéutico. El período de validez de las patentes era de sólo 12 años. Recién a mediados de la década de 1980 como consecuencia, sobre todo, de acciones judiciales por parte de Estados Unidos bajo la Sección 301 de su Ley de Comercio de 1974, se sometieron a revisión las leyes sobre patentes, aunque todavía no se pusieron al nivel que alcanzarían con el ADPIC. Un proceso similar tuvo lugar en Taiwán. En la India, existe la creencia generalizada de que el debilitamiento de la protección de la PI en los productos farmacéuticos bajo su Ley de Patentes de 1970 fue un factor importante para el rápido crecimiento posterior de su industria farmacéutica, como productor y exportador de medicamentos genéricos y productos intermedios al por mayor de bajo costo*” Carlos Correa, 2005. P. 72-77

medicamentos genéricos). Bajo la misma óptica, se sostiene que la misma tendencia de mayor rigidez en el régimen de Propiedad Intelectual relacionada con el sector agrícola, con particular referencia a las semillas y agroquímicos, implicaría un encarecimiento en la importación de insumos agrícolas, afectando por ende a los sectores desfavorecidos de la población. Bajo la misma óptica, no sería prudente adoptar la postura de uniformizar y rigidizar en extremo los derechos de Propiedad Intelectual, ya que ello implicaría un desconocimiento sobre los distintos grados de desarrollo y las distintas realidades y circunstancias socioeconómicas; no sería posible generalizar sobre las políticas que debieran aplicar todos los países para generar innovación y desarrollo tecnológico, ya que los contextos culturales, económicos, sociales, políticos son diferentes. Se sostiene que incluso la ampliación y profundización en la protección del Derecho de Propiedad Intelectual estaría provocando una serie de perjuicios en el desarrollo tecnológico científico de los países desarrollados, bajo el supuesto de que la multiplicación de patentes sobre productos y procedimientos que se desenvuelve en un ámbito de proteccionismo de los derechos del titular del derecho de propiedad intelectual, provocaría el registro de invenciones light o triviales, y que por tanto aportarían poco o nada al progreso técnico, en consecuencia, bajo este esquema, el actor más exitoso no sería el que generare realmente un aporte tecnocientífico a partir de una verdadera creación o innovación, sino que será aquel que desarrolla eficaz y eficientemente sus capacidades en la captura del marco regulatorio, gestionándolo en beneficio propio.⁸⁶

2.4. El fortalecimiento de la capacidad institucional en materia de diseño, implementación y evaluación de las políticas.

Al referirnos a institucionalidad, nos referimos al establecimiento de un marco jurídico e institucional transparente que exprese los intereses privados del titular del derecho de propiedad por un lado, y los intereses de la sociedad por el otro (un sistema transparente y legal de pesos y contrapesos institucionales). Pero además los gobiernos deben procurar subsanar la falta de coordinación entre las múltiples instituciones que están involucradas en el tema; para ello se requiere impulsar una política de tipo horizontal con el propósito de que sea integrado y coherente en los planos nacionales e internacionales.⁸⁷

⁸⁶ G. Papa, 2005: P. 140

⁸⁷ Álvaro Díaz, 2008: P. 206.

Si bien es cierto, que es importante el fortalecimiento institucional para la promoción y apoyo al desarrollo científico y tecnológico, al igual que la disponibilidad de recursos financieros adecuados para la ejecución de políticas públicas, ambas con el propósito de generar mayor bienestar social y económico, al momento de llevar a práctica la protección de la Propiedad Intelectual, principalmente los países en desarrollo se enfrentan a enormes retos institucionales. La mayoría de los países en desarrollo no obtendrán muchos beneficios (por lo menos en el mediano plazo por la implementación de las obligaciones derivadas del ADPIC) debido a una limitada capacidad científica y tecnológica, por lo tanto, es un reto, para estos países por una parte reducir el costo en recursos humanos y financieros que supone la creación de sistemas de Propiedad intelectual y por otra, necesitan que sus sistemas nacionales de Propiedad Intelectual, sean regulados de forma eficaz, considerando que tienen como objetivo velar por los intereses de la sociedad.⁸⁸

La capacidad institucional es crucial para los países, pues cumplen funciones de vital relevancia en diferentes ámbitos: en la formulación de políticas, en la formulación de leyes apropiadas, en la administración efectiva del sistema de Propiedad Intelectual en conformidad con el sistema multilateral, el sistema regional y nacional, la administración de un sistema de Propiedad Intelectual acorde a las reglas de competencia.

2.5. Estímulos de carácter financiero y fiscal.

La estrategia de modelo de desarrollo económico actual seguido por la mayoría de los países en desarrollo, está orientada hacia la captación de capitales y tecnologías a través de la importación y fundamentalmente, de la inversión directa, de conformidad a un modelo económico orientado hacia afuera y apalancado con fuertes incentivos fiscales.⁸⁹

En la medida en que los países en desarrollo promuevan una serie de iniciativas de carácter financiero y fiscal, tanto a nivel local como nacional, que se requieren para el crecimiento de la industria tecnológica y científica, tendrán posibilidades de generar mayor inversión.

⁸⁸ Carlos Correa, 2005: P. 335

⁸⁹ Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, Desarrollo de la Industria Regional de Software en América latina y el Caribe: Consideraciones y propuestas, Caracas, SELA, 2009, P. 15

Con la finalidad de generar y desarrollar el campo científico tecnológico, el Estado debe crear diversos mecanismos de financiamiento⁹⁰: incentivo de la creación de incubadoras de empresas de base tecnológica, el establecimiento de compañías tecnológicas de carácter multinacional, otorgamiento de créditos preferenciales, sistemas de aporte de capital de riesgo público y privado, apoyo a la interacción entre entidades públicas y privadas.

Entre las medidas de estímulo fiscal se encuentran la creación de zonas de importación libres de impuestos para la adquisición de bienes y equipos vinculados a la industria, la concesión de subsidios para la creación de parques tecnológicos y otras medidas similares, subsidios a los costos incurridos en las etapas iniciales de las actividades de innovación, incentivos tributarios para apoyar el gasto en investigación y desarrollo por parte de las empresas y la creación de empresas de innovación.

2.6. Promover la creación de entidades para la transferencia de tecnologías.

Con el propósito de generar y desarrollar el progreso técnico, es necesario *“fomentar la creación de organismos para la transferencia de tecnologías especializados en propiedad intelectual, pero vinculados a universidades y centros científicos y tecnológicos”*.⁹¹ Álvaro Díaz señala también que en este tipo de política deben trabajar equipos multidisciplinarios que busquen identificar oportunidades de negocio, derivadas de programas y proyectos de investigación y desarrollo, además de tomar en cuenta que estos diseños deben buscar asegurar la sostenibilidad a largo plazo. Por último, es preciso alcanzar niveles y ámbitos distintos para así diversificar los riesgos.⁹²

⁹⁰ Los actuales mecanismos de financiamiento, que señala el SELA son precarios, dado que *“La mayoría de las empresas pequeñas estructuran su crecimiento con un modelo de financiación del desarrollo con el flujo de caja producido por las ventas. Se invierte las utilidades y se espera que el crecimiento venga a través de procesos orgánicos, sin inyección de capital, en contra de lo que es la experiencia internacional. Se trata, en términos generales, de la existencia precaria de instrumentos financieros especializados, que, como se sabe, resultan esenciales para que puedan darse los diversos procesos asociados a la generación de innovaciones, para los cuales hay una modalidad específica de apoyo (aportes no reembolsables y subsidios a los costos incurridos en las etapas iniciales de las actividades de innovación, incentivos tributarios para apoyar el gasto en investigación y desarrollo por parte de las empresas y la creación de empresas innovadoras, mecanismos orientados a reducir el riesgo mediante el otorgamiento de créditos preferenciales, sistemas de aporte de capital de riesgo público y privado, apoyo a la interacción comercial entre entidades privadas y públicas). En general, en los países de la región, tales instrumentos han tenido un desarrollo y un impacto muy desigual y casi no han podido ser utilizados para la promoción de innovaciones [...]”* Ibíd. P. 23

⁹¹ Álvaro Díaz, 2008: P. 183

⁹² Álvaro Díaz, “Tratados de libre comercio y propiedad intelectual: impactos y desafíos” en Jorge Mario Martínez Piva (Coord.), Generación y protección del conocimiento: propiedad intelectual, innovación y desarrollo económico, Naciones Unidas, México, 2008, P. 184

La elaboración de una estrategia nacional en relación a la transferencia de tecnología es crucial, pues de ella se podrían derivar políticas públicas con una visión a largo plazo, capaz de organizar los esfuerzos necesarios mediante las alianzas entre el sector público (mediante las universidades, comunidades científicas, centros tecnológicos) y el sector privado, con el objetivo de diseñar y ejecutar los correspondientes programas, los cuales tendrán entre sus distintos elementos un factor clave: nuevos esquemas de inserción en el mercado mundial, con insistencia en la generación, gestión de la innovación.⁹³

Por la importancia, debemos mencionar como fuente de transferencia de tecnología a los parques de investigación, cuyo modelo básicamente consiste en buscar

*“incubar nueva tecnología estableciendo un entorno donde el avance científico es precipitado en innovación para la comercialización. El modelo a menudo parte de juntar varios grupos de innovadores dentro del parque para estimular la sinergia en el proceso creativo. Otros ingredientes son frecuentemente alguna clase de incentivos impositivos, acceso al talento universitario mediante la proximidad a las instalaciones de la universidad, uso compartido de recursos, como computadoras, bases de datos y bibliotecas, y costos operativos bajos o subsidiados. A menudo está involucrada la mezcla de financiación pública y privada”*⁹⁴.

Sin embargo, también debemos mencionar que la estrategia nacional de transferencia de tecnología no sólo se trata de la relación que debe existir entre el sector público y privado sino que *“la estrategia nacional debe ser elaborada dentro del marco de una visión sistémica, con la capacidad de generar innovaciones como el principal elemento a sabiendas [...] de que esta actividad no es asunto sólo, ni fundamentalmente de empresas individuales (ni tampoco de universidades o centros de investigación asociados), sino de un entramado de relaciones que involucra a distintos actores, los cuales interactúan para hacer posible los procesos de creación, aprendizaje, difusión y utilización de conocimientos y tecnologías”*⁹⁵.

2.7. Políticas de competencia.

Las políticas de competencia, en su relación con la innovación, pueden generar mayor dinamismo, ya que puede constituir un fuerte incentivo para introducir innovaciones en las organizaciones y así generar mayor ventaja competitiva. A través de un mayor desarrollo tecnológico y científico se generan mayores ventajas respecto de un producto o un proceso, y

⁹³ SELA, 2009: P. 47

⁹⁴ R. Sherwood, 1995: P. 134

⁹⁵ SELA, 2009: P. 47

ello necesariamente obliga a las demás empresas a desarrollar mayor innovación a efectos de estar en un pie de igualdad en el ámbito de competitividad.

Es claro que los cambios tecnológicos han llevado a una serie de modificaciones en torno a la propiedad intelectual, sin embargo, dada la tendencia actual solamente han ido en una dirección: mayor protección⁹⁶, dicha medida no obstante, conllevaría riesgos en el sentido de dejar de ser un instrumento de promoción del innovación y desarrollo tecnológico, para convertirse en un instrumento proteccionista en beneficio de ciertas empresas dominantes; en consecuencia, un sistema institucional sólido en materia de competencia puede contribuir a corregir estas falencias del mercado que no benefician al desarrollo económico y social. Al respecto Carlos Correa manifiesta: *“Dada la escasez, falta de legislación, o la débil implementación o ausencia de políticas que traten la relación PI-competencia en los países en desarrollo, un enfoque de política de competencia puede ser particularmente útil para garantizar un ejercicio pro-competitivo de los derechos de propiedad intelectual (DPI)”*⁹⁷ Las políticas en materia de competencia a implementarse no tienen un modelo rígido, por lo tanto, los países deben adecuar sus propuestas para responder sus propios intereses colectivos.

La política de competencia constituye un instrumento atractivo para controlar el poder de mercado que pudiera surgir de la otorgación de protección legal temporal y exclusiva a las patentes y otros derechos. Las políticas de competencia pueden constituir mecanismos eficaces contra el exceso en el ejercicio de los derechos derivados de la propiedad intelectual, procurando un mejor balance de los intereses de los consumidores y potenciales competidores. Por su naturaleza, las políticas de competencia son instrumentos de control posterior e intervienen si se limita abusivamente la competencia en los mercados pertinentes. Bajo este parámetro, las políticas de competencia en el ámbito de las patentes (por su relevancia económica), comprenderían: el control al ejercicio abusivo de una patente por su titular y control sobre el otorgamiento de licencias exclusivas a fin de evitar restricciones anticompetitivas sobre terceros.⁹⁸

En conclusión el Derecho de Propiedad Intelectual no puede diseñarse y aplicarse de manera aislada de las otras disciplinas jurídicas, principalmente del derecho de la competencia,

⁹⁶ Luis Berenguer Fuster, “Política de Competencia y Propiedad Intelectual” 2006, 2-09-09, en http://www.europarl.europa.eu/comparl/juri/hearings/20060131/berenguer_es.pdf

⁹⁷ C. Correa, 2009: P. 385

⁹⁸ I. de León, 2004, P. 17.

por ello para alcanzar el equilibrio pertinente⁹⁹ entre ambas áreas, se requiere una diversidad de políticas y regímenes. Para alcanzar políticas públicas en competencia en materia de Propiedad Intelectual, se deben tener ciertos elementos que a nuestro juicio son importantes: el establecimiento de políticas públicas conforme a los requerimientos necesarios para evitar prácticas anticompetitivas, una legislación que limite los efectos anticompetitivos derivados de la propiedad intelectual, un marco institucional sólido, suficientes recursos humanos y financieros.

3. La propiedad intelectual en la dinámica multilateral y regional.

Si bien los países habitualmente legislaban las normas de propiedad intelectual de acuerdo a sus realidades, circunstancias y requerimientos, poco a poco la importancia de la propiedad intelectual fue adquiriendo mayor relevancia, a tal punto que mediante acuerdos multilaterales se empezaron a regular dicha área en el marco multilateral, regulando y delimitando el campo de acción de los países a este respecto; dichos acuerdos fueron el Convenio de París de 1893 (regula propiedad industrial) y el Convenio de Berna de 1886 (normativiza derechos de autor); sin embargo, dichas normas establecieron de manera flexible estructuras mínimas, permitiendo a los distintos países miembros adoptar normativas diferentes.

Posteriormente, en el marco del sistema multilateral, mediante las normas ADPIC, dichas flexibilidades se redujeron de manera sustancial limitando a los países en sus distintas opciones de diseño de sistemas de propiedad intelectual.¹⁰⁰ Sin duda alguna *“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 los países con un alto nivel de capacidad tecnológica e industrial garanticen niveles globales de protección”*.¹⁰¹

El Régimen Internacional de Propiedad Intelectual adquiere gran relevancia en el sistema multilateral, fundamentalmente a partir de la Ronda Uruguay, donde tuvieron un papel central y gran influencia para incorporar temas nuevos como la propiedad intelectual los Estados Unidos, la Unión Europea y Japón; es ahí donde tuvieron un triunfo incuestionable los intereses del mundo desarrollado sobre las posiciones de los países en desarrollo cuya voz más poderosa

⁹⁹ En las palabras de Carlos Correa, 2009: P. 389 *“Mientras que la legislación en materia de PI somete deliberadamente un activo intelectual al control exclusivo de los titulares del derecho, el derecho de la competencia procura evitar las barreras de mercado y beneficiar a los consumidores alentando la competencia entre una multiplicidad de proveedores de bienes, servicios y tecnologías”*.

¹⁰⁰ M. Oliva, 2009: P. 50

¹⁰¹ M. Oliva, 2009: P. 51

provino de Latinoamérica.¹⁰² Su gran logro fue ofrecer una protección adecuada (ya que ofrecía mecanismos sancionatorios efectivos contra los países infractores) que los Convenios de París (principal norma internacional en materia de propiedad industrial) y de Berna (principal norma internacional en derechos de autor) no otorgaban.

Es así como se da lugar a las normas de propiedad intelectual reguladas bajo el Acuerdo sobre Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdos “ADPIC” o TRIPs) sometidas al control de la OMC; es el acuerdo de mayor alcance a nivel internacional que se ha suscrito hasta el momento y se sobrepone a cualquier normativa regional y local¹⁰³. Su importancia principalmente está dada por su carácter vinculante para los países miembros¹⁰⁴; en ese marco señala Carlos Correa *“de especial trascendencia es la inclusión, por primera vez, en un acuerdo internacional sobre propiedad intelectual, de normas detalladas sobre la “observancia” de los derechos respectivos, en respuesta a la preocupación de los países industrializados que enfatizaron que tal protección no es sólo un problema de la disponibilidad de los derechos, sino de que existan los procedimientos (administrativos y judiciales) aptos para hacerlos efectivos”*.¹⁰⁵ A partir del ADPIC, el ámbito de Propiedad Intelectual cuenta con un mecanismo de solución de diferencias relativamente importante.¹⁰⁶ El ADPIC comprende las siguientes áreas: derechos de autor y derechos conexos, las marcas, indicaciones geográficas, diseños industriales, patentes, esquemas de trazado de circuitos integrados y la información no divulgada.

Las esperanzas en avanzar en un multilateralismo mucho más profundo se vio reflejada en la Ronda de Doha para el Desarrollo que se negocia desde el 2001, donde se tratan áreas relevantes para el comercio mundial como son: agricultura, servicios, acceso al mercado para

¹⁰² Baldo Kresalja “El sistema de Patentes después del ADPIC: comentarios y reflexiones sobre su futura eficacia”, en *Temas de Desarrollo Industrial y de la Competencia, No 5*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001. P. 245.

¹⁰³ Al respecto Pedro Roffe y Maximiliano Santa Cruz, manifiestan *“El ADPIC es el Tratado Multilateral sobre PI más importante nunca antes negociado. Desde los Convenios de París y Berna, de fines del siglo XIX, no se había negociado un tratado multilateral de tal envergadura e importancia”*. Sin embargo, agrega *“El Acuerdo recoge en muchos aspectos las pretensiones de aquellos sectores industriales -las industrias cinematográfica, de software y químico-farmacéutico- de EE.UU., y Japón, que de algún modo propiciaron y convencieron a sus gobiernos sobre la necesidad de vincular la PI con el nuevo sistema comercial que se perfilaba al inicio de la Ronda Uruguay”*. Pedro Roffe y Maximiliano Santa Cruz, *Los derechos de propiedad intelectual en los acuerdos de libre comercio celebrados por países de América Latina con países desarrollados*, Santiago de Chile, CEPAL, 2006, P. 25

¹⁰⁴ Actualmente forman parte de la Organización Mundial del Comercio 153 países. Para mayor información véase <http://www.wto.org>.

¹⁰⁵ Carlos Correa “Acuerdo TRIPs” Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998. P.43.

¹⁰⁶ Hasta el ADPIC, las diferencias en esta área eran normalmente sometidas a la Corte Internacional de Justicia.

productos no agrícolas (NAMA), aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, y otros.

Con el objetivo de llegar a resultados, se realizaron diferentes conferencias, reuniones ministeriales pero que hasta la fecha han fracasado debido a la incapacidad de los países participantes de estrechar sus diferencias principalmente en el tema de los subsidios agrícolas. En efecto, en general el problema principal para que no se haya llegado a un resultado hasta la fecha deriva fundamentalmente de que los países desarrollados, están obstinados en mantener sus ayudas internas a la agricultura, restringiendo el acceso a sus mercados y manteniendo los subsidios.

Sin embargo, conviene también señalar que muchos países, principalmente los desarrollados, con el propósito de avanzar más rápido en la profundización del régimen multilateral, al mismo tiempo de apoyar su avance, celebran acuerdos regionales y bilaterales.¹⁰⁷

Esto implica que los países desarrollados, como los Estados Unidos, intentan superar las normas del sistema multilateral en un primer momento por la vía bilateral y después quizás a través de acuerdos regionales como el ALCA¹⁰⁸ (que en definitiva en la actualidad constituye un

¹⁰⁷ Tuvieron que pasar más de cuatro décadas (dado que el multilateralismo comenzó después de la Segunda Guerra Mundial, con la firma del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (1948), con la participación de 23 países) para dar lugar a una ronda que marcaría un hito importante en el avance tanto institucional como a nivel del comercio mundial. Así se culminó con la Ronda Uruguay, que dio lugar a la incorporación de nuevos temas, como la propiedad intelectual, los servicios, agricultura, etc. y permitió la creación de la Organización Mundial del Comercio que además de administrar los acuerdos, obtuvo poder de arbitraje en conflictos comerciales y monitoreo de las políticas nacionales, facultad de realizar asistencia técnica y formación para los países en desarrollo y cooperar con otras organizaciones internacionales, situación que para el multilateralismo constituyó el paso de mayor importancia, pues se le confiere de institucionalidad, y una estructura estable y permanente. Con los avances logrados, parecía que primaría el multilateralismo y que las excepciones planteadas al principio de no discriminación (el cual abarca tanto al trato de la nación más favorecida como al trato nacional) como el caso de los Acuerdos Regionales de Comercio (que en un sentido amplio incluyen a los acuerdos celebrados en el marco bilateral) perderían su atractivo, implicando aquello la disminución progresiva de dichos acuerdos; y por lo tanto tenderían a una aproximación de sus normas a las de la OMC, haciéndolas más compatibles; una compatibilidad que inútilmente pretendió realizar el regionalismo abierto (Alfredo Guerra-Borges, “Regionalismo y multilateralismo en su laberinto, 2007). Lo que ocurrió fue todo lo contrario a lo esperado, debido a que los ARC se incrementaron de manera exponencial, con relación a las décadas anteriores.

Hasta mediados de 1980 no existía gran cantidad de Acuerdos Comerciales Regionales (ACR); solo 30 acuerdos regionales fueron notificados en los primeros 42 años de existencia del GATT (Florenca Kohon y Horacio Arce “Regionalismo y multilateralismo: ¿Caminos complementarios o alternativos hacia el libre comercio?, 2007). Tal como señala la OMC, el aumento del número de esos acuerdos ha proseguido sin interrupción desde los primeros años del decenio de 1990. En julio de 2005 se habían notificado a la OMC (y a su predecesor, el GATT) un total de 330. Hasta diciembre de 2008, se han notificado unos 421 ACR al GATT/OMC (OMC, “Acuerdos Comerciales Regionales”), pero como acertadamente expresa Alfredo Guerra Borges, 84% de los acuerdos son Zonas de Libre Comercio

¹⁰⁸ Baldo Kresalja, 2003: P. 248

fracaso, pues Estados Unidos apostó al bilateralismo y en ese sentido celebró Tratados de Libre Comercio, con diversos actores latinoamericanos Ej. Perú, Colombia, Chile).

*Sin duda “los foros más activos en lo que respecta a negociaciones no tienen lugar a nivel multilateral sino a nivel bilateral. Muchos comentaristas creen que los países en desarrollo aceptan estas negociaciones como precio inevitable a pagar por un mercado o a acuerdos de inversión con los países desarrollados. 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. 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 acuerdos se están convirtiendo en la norma en los acuerdos bilaterales”.*¹⁰⁹

Ahora bien, conviene hacer referencia a la dinámica regional; por su importancia, antes de adentrarnos a examinar la relación entre los acuerdos regionales con la propiedad intelectual, analizaremos los antecedentes del regionalismo. El regionalismo¹¹⁰ se desarrolló después de la

¹⁰⁹ M. Oliva, 2009: P. 51.

¹¹⁰ El regionalismo puede ser definido como “una tendencia a formar un acuerdo preferencial de comercio entre países que probablemente pertenecen a una región particular” (S. Lahiri, mencionado por Anabelle Ulate, “Regionalismo versus multilateralismo” véase en <http://www.iis.ucr.ac.cr/actividades/semUE/Regionalismo.pdf>) o como lo define el Dictionary of Trade Policy Terms, son “las medidas adoptadas por los gobiernos para liberalizar o facilitar el comercio sobre una base regional” (Florencia Kohon y Horacio Arce “Regionalismo y multilateralismo: ¿Caminos complementarios o alternativos hacia el libre comercio? 20-03-09 www.mecon.gov.ar/cnce). Según la teoría neoclásica el regionalismo es considerado como el segundo mejor, y el multilateralismo como el primer mejor. En el regionalismo la liberalización comercial o la eliminación de barreras comerciales es llevada a cabo mediante la formación de Acuerdos Comerciales Regionales y puede tomar diversas formas desde una Zona preferencial de Comercio hasta una Unión Económica. Sin embargo, al respecto cabe la siguiente reflexión: “Las motivaciones para la construcción de esquemas de regionalización no son exclusivamente económicas o, más precisamente comerciales, si bien dichos objetivos aparecen como predominantes en la mayoría de los casos, razones políticas y de seguridades siempre están presentes en los cálculos y las evaluaciones de los estados participantes, e incluso ocupan un lugar crucial en algunos de ellos, como sucede en el caso del ASEAN en Asia y también en la Unión Europea” (Marco Romero: “ALCA: entre la hegemonía y la integración” en “Gobernancia Global y Bloques Regionales” Corporación Editora Nacional, 2003, P. 121). Por otra parte, desde un punto de vista geográfico, los acuerdos regionales implicarían una interdependencia regional, es decir, supone por lo general el aprovechamiento de las ventajas y facilidades que brinda la proximidad geográfica, como las similitudes culturales, sociales, históricas, etc., dando lugar a una formación estratégica con el objetivo de obtener mayores márgenes de maniobra en el escenario internacional y lograr una mejor posición negociadora. Partiendo de esta afirmación podríamos señalar que los Tratados de Libre Comercio celebrados por Estados Unidos, no propician estos beneficios, y más bien los deterioran. Por otro lado, podemos evidenciar que respecto a los Acuerdos Comerciales Regionales, gran parte de la doctrina e incluso la misma Organización Mundial del Comercio, hacen referencia al crecimiento inusitado de los Acuerdos regionales, aludiendo su número cada vez más exponencial (como la que refiere la OMC, al señalar que a diciembre de 2008 se notificaron 421 ACR al GATT/OMC), al igual que su participación mundial en el comercio mundial de un poco más del 40%, pero como acertadamente expresa Alfredo Guerra Borges, no debe perderse de vista que los grandes números revelan el resultado de una tendencia

Segunda Guerra Mundial, y se inició con el Mercado Común Europeo con la firma del Tratado de Roma en 1957, posteriormente surgen varias iniciativas de integración como la del Mercado Común Centroamericano, la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, el Grupo Andino (hoy Comunidad Andina).

El Segundo Regionalismo, al que podemos denominar también Nuevo Regionalismo o Regionalismo abierto, para destacar sus diferencias con la concepción que impulsó los procesos regionales en la década de los sesenta y setenta, como espacios que permitirían consolidar el modelo de industrialización sustitutiva de importaciones¹¹¹, comienza en 1982 cuando la Reunión Ministerial del GATT fue suspendida sin fijarse la fecha de comienzo de una nueva ronda de negociaciones multilaterales y Estados Unidos que hasta ese entonces no era partidario del regionalismo, anunció que continuaría apoyando la liberalización multilateral y que iba a firmar acuerdos GATT-PLUS con países que estuvieran dispuestos a abrir sus mercados más allá de lo establecido en el GATT¹¹², es decir, Estados Unidos decide dejar de lado su política de concentrar esfuerzos en las negociaciones multilaterales y reducir las barreras comerciales a través del principio de la nación más favorecida (NMF)¹¹³.

En efecto, el protagonismo estadounidense en los enfoques de liberalización comercial, diversos del multilateralismo, es un factor determinante y decisivo por el peso que posee en el comercio internacional. Empero, su participación, que sin duda implica una promoción a la formación de ARC, coincide en el tiempo con otros factores: *“Los factores o causas decisivas del nuevo regionalismo, surgido a partir de los años ochenta, y que fuera calificado de abierto por las características de los objetivos de política comercial de los países involucrados, son: el impulso de la integración europea, los cambios de orientación de la política comercial estadounidense, la posición de Canadá en la corriente hacia la formación de ARC, las*

pero no su composición, pues como se puede constatar, hay grandes diferencias respecto de la calidad de los acuerdos y en este marco es conveniente tener presente que 84% de los acuerdos son Zonas de Libre Comercio, esto es, implican que respecto del grado de integración regional, se hallan en una fase primaria. Desde otro punto de vista, se puede observar que dado el número elevado de acuerdos comerciales regionales, se ha originado una serie de dificultades, pues dio lugar a innumerables superposiciones, generando mucha confusión en relación a la aplicación de los convenios, más aun cuando los niveles de preferencias otorgadas son muy diferentes, las normas de origen difieren notablemente y los plazos para alcanzar el perfeccionamiento de los acuerdos tienen distintas fechas (Alfredo Guerra-Borges, “Regionalismo y multilateralismo en su laberinto”

<http://chloe.dgsca.unam.mx/pde152/PDE003915201.pdf>.

¹¹¹ Marco Romero Cevallos: 2004, P. 103

¹¹² Florencia Kohon y Horacio Arce “Regionalismo y multilateralismo: ¿Caminos complementarios o alternativos hacia el libre comercio? 20-03-09 www.mecon.gov.ar/cnc

¹¹³ Anabelle Ulate, “Regionalismo versus multilateralismo” <http://www.iis.ucr.ac.cr/actividades/sem-UE/Regionalismo.pdf> 20-03-09.

tendencias de asociación comercial en la región del Pacífico y las modificaciones de enfoque hacia el comercio internacional por parte de los países en desarrollo”¹¹⁴.

El nuevo regionalismo pretendía conciliar la integración regional con el neoliberalismo, es decir, como lo expresa Bergstein constituía una forma de alcanzar el mejor de los dos mundos: preservar los beneficios de la liberalización regionales sin arriesgar la vitalidad del sistema multilateral. Sin embargo, fue su ambigüedad o indeterminación lo que conspiró contra él, pues nunca consiguió traducirse en una estrategia política y por lo tanto, la conciliación de ambos mundos que con ese concepto se creyó alcanzar cedió el lugar a la reanudación del ser o no del regionalismo y el multilateralismo.¹¹⁵

Ahora bien, después de haber visto brevemente los antecedentes del regionalismo, conviene ahora analizar la relación de los Acuerdos Comerciales Regionales y su relación con la propiedad intelectual.

Tal como señalan Roberto Dromi, Miguel A. Ekmekdjian y Julio Rivera¹¹⁶:

“La integración económica entre los países, los compromete en un proceso que evoluciona en base al diseño de políticas comunes, desde que se funda en la libre circulación de bienes, servicios y personas. Ello conlleva al desarrollo de estructuras de producción especializadas y complementarias. De tal modo, se plantea la necesidad de establecer políticas basadas en la competitividad de las empresas, tomando como eje la permanente innovación tanto de las tecnologías de producción, como de management y de los productos mismos, en vista a dar una respuesta adecuada frente a las necesidades del mercado. Ello nos conduce a plantearnos un sistema de cooperación que permita hacer frente a los procesos de investigación y desarrollo tecnológicos, tanto en el plano de los estados particulares integrantes de la Comunidad, como en el de esta misma, especialmente en el nivel de las pequeñas y medianas empresas, que constituyen la red industrial del sistema productivo”.

Es claro que si bien los Estados pueden tener políticas regulatorias propias (individuales) para los distintos institutos de la propiedad intelectual, válidas en sus propias jurisdicciones, estas (por ser un reflejo de sus realidades y necesidades) no necesariamente son coincidentes, ni tienen el mismo grado de complejidad. Resulta obvio que existen diferencias en las pautas y exigencias previstas en las regulaciones relacionadas a los distintos aspectos de actividad industrial, aspectos que representan un obstáculo o limitante a la libre circulación de mercancías y servicios

¹¹⁴ *Ibíd.* Ricardo M. Buzo de la Peña. P. 124

¹¹⁵ Bergstein mencionado por Alfredo Guerra-Borges, “Regionalismo y multilateralismo en su laberinto”.

¹¹⁶ Roberto Dromi, Miguel A. Ekmekdjian y Julio Rivera, Derecho Comunitario, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, P. 391.

en los distintos procesos de integración¹¹⁷. De allí que sea necesario un esfuerzo de armonización en el ramo¹¹⁸, puesto que mediante este mecanismo se otorgará una mayor seguridad y del mismo modo se permitirá facilitar los negocios, de tal forma que no haya diferentes trámites en los distintos países miembros¹¹⁹, En otras palabras, los principios del mercado común, impulsan a las instituciones a crear instrumentos que puedan paliar estas diferencias y conseguir una protección homogénea en todo el territorio de la Comunidad.¹²⁰

En el marco de un proceso de integración, los Estados Miembros tienen la obligación de generar condiciones necesarias para asegurar la competitividad de su industria. A tal objeto su accionar debe estar encaminado a desarrollar políticas y actividades tendientes a fomentar un entorno favorable a *“acelerar la adaptación de la industria a los cambios estructurales; fomentar un desarrollo favorable a la iniciativa y al desarrollo de las empresas en el conjunto de la Comunidad y en particular, de las pequeñas y medianas empresas; favorecer un mejor aprovechamiento del potencial industrial de las políticas de innovación, de investigación y desarrollo tecnológico”*¹²¹. Así pues, la participación de los organismos subregionales, mediante una serie de políticas en el ámbito del desarrollo tecnológico, científico y de innovación es crucial en la creación de condiciones que permitan generar mayor competitividad, mejorando consecuentemente su inserción en el comercio internacional.

Conclusiones.

Sin duda, en la presente era de la información, la innovación y la creación en la producción de bienes y servicios y fundamentalmente constituyen elementos claves en la competitividad de las empresas y los países. De ahí, la necesidad de crear e instituir categorías jurídicas indispensables para promover la innovación y el desarrollo tecnocientífico, considerados necesarios para generar crecimiento económico y disminuir la pobreza. En efecto,

¹¹⁷ Ricardo Xavier Basaldúa “MERCOSUR y derecho de la integración” Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999. P. 239

¹¹⁸ En la Unión Europea por ejemplo tenemos, normas comunitarias en materia de propiedad intelectual, entre ellas podemos mencionar la Directiva 89/104 de 11 de febrero de 1989 sobre marcas, la Directiva 98/71 de 28 de octubre de 1998 sobre dibujos y modelos, el Convenio de Patentes Europeas, de 1973 (y que ha sido modificado varias veces), entre otros. De la misma forma en el MERCOSUR tenemos entre otras las Decisiones 8/95 (Protocolo de Armonización de normas sobre Propiedad Intelectual en el Mercosur, en Materia de Marcas, Indicações de Procedencia y Denominaciones de Origen) y 16/98 (Protocolo de Armonización de normas de materia de Diseños Industriales).

¹¹⁹ R. Basaldúa, 1999. P. 242

¹²⁰ Fabrizio Miazetto, “La Propiedad industrial en Europa en el “año académico” 2003/2004: hechos y derechos” en Adriana Dreyzin de Klor y Diego P. Fernández Arroyo Directores, Inversiones Extranjeras, Argentina, Zavalía, 2005. P. 425.

¹²¹ Tratado de la Unión Europea, Título XVI, Art. 157. Para mayor información véase http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/tue.html

a través de la propiedad intelectual se pretende estimular la innovación a través de la otorgación de su protección legal temporal y exclusiva, con la finalidad de beneficiar a la sociedad a partir de la difusión del progreso técnico y su posterior ingreso al dominio público. En todo caso, la concesión de monopolios sólo se justifican en la medida de que sus beneficios para la sociedad sean mayores.

Ahora bien, para estimular la innovación es necesario la participación (aunque no exclusiva) del Estado que debe elaborar políticas públicas adecuadas, considerando las circunstancias socioeconómicas de los países, políticas que no solo se limitan al desarrollo de una efectiva legislación, ya que sería insuficiente; en efecto, es necesario además crear mecanismos que coadyuven al desarrollo de la ciencia y tecnología, tales como la inversión en investigación y desarrollo, la formación de capital humano, la regulación de la competencia, pero también constituye un factor determinante la creación de una institucionalidad efectiva que garantice el cumplimiento de las políticas establecidas.

Es claro que los Estados, en teoría, tienen libertad de acción para instituir las políticas que consideran necesarias para el logro de los objetivos propuestos, empero la realidad nos muestra que existen limitantes u obstáculos en la elección y alcance de las políticas que devienen de la internacionalización de la propiedad intelectual representadas por el sistema multilateral, regional y/o bilateral. No cabe duda de que a partir del ADPIC que ha sido elaborado en función de los intereses de los países industrializados, se limita y debilita de forma considerable el margen de maniobra de los países en desarrollo, a partir de que dichas normas son vinculantes y que se establecen los estándares mínimos aplicables para todos los países miembros, sin considerar en muchos casos sus diferentes realidades y circunstancias sociales, económicas, políticas. Pese a todo, el ADPIC, aún mantiene ciertas flexibilidades que pueden ser utilizados de manera eficiente por los países en desarrollo. Sin embargo, en este último tiempo, a partir de la oleada de bilateralización del sistema multilateral, dichos márgenes de acción de los Estados disminuyen aún más, ya que a través de este tipo de acuerdos se pretende profundizar el sistema multilateral, es decir, se busca avanzar más allá de las normas establecidas en el ADPIC, restringiendo aún más los márgenes de acción de los países.

Frente a estas dinámicas, más allá del sistema normativo (aunque también constituye parte importante) en procura de dar una respuesta adecuada al mercado y generar mayor competitividad de las empresas, se crean mecanismos de integración regional, que compromete a

sus países miembros en el diseño de políticas comunes desde que se establece como principio rector la libre circulación de bienes y servicios, implicando además una cooperación entre los países que permitan hacer frente a los procesos de investigación y desarrollo tecnológicos.

Capítulo II

LA COMUNIDAD ANDINA Y PROPIEDAD INTELECTUAL, UNA LARGA TRAYECTORIA

Introducción.

La Comunidad Andina, es considerado a nivel latinoamericano el proceso de integración más importante – CARICOM, MERCOSUR, UNASUR, SICA - ya sea desde el punto de vista de su naturaleza, de su marco normativo y/o institucional; por ello, creemos importante centrarnos en él, enmarcándolo en el ámbito de nuestro estudio: la propiedad intelectual.

En principio haremos una breve descripción de la finalidad, objetivos, mecanismos y estrategias de la Comunidad Andina, vinculados al campo tecnológico.

En segundo lugar, entraremos a considerar las diferentes políticas en propiedad intelectual instituidas al interior de la Comunidad Andina, y para ello comenzaremos con la propiedad intelectual, desarrollando cada una de sus categorías, y haciendo énfasis en las disposiciones normativas que a nuestro juicio estén íntimamente vinculadas a las políticas de desarrollo: no pretendemos analizar la institucionalidad creada en cada uno de los países miembros para el tema de la Propiedad Intelectual a profundidad, considerando que dicha tarea rebasaría los alcances del presente trabajo.

Dentro del estudio de los institutos de propiedad intelectual de la CAN, haremos especial énfasis en la propiedad industrial, por su importancia económica y social y por su estrecha relación con la innovación, investigación y desarrollo tecnológico. A continuación consideraremos el régimen de las inversiones que a nuestro juicio representa un elemento clave para la política de desarrollo concebida en aquél momento: Industrialización Sustitutiva de Importaciones, política íntimamente ligada con la transferencia de tecnología y con el régimen de propiedad industrial, dado que en éste último caso fue su antecedente inmediato. Posteriormente analizaremos el régimen de derechos de autor, haciendo énfasis en el software, por su importancia en el desarrollo tecnocientífico. Finalmente haremos referencia a las otras áreas de la Propiedad Intelectual. Luego revisaremos el régimen de acceso a los recursos genéticos, que por su importancia en las políticas de desarrollo lo consideramos junto al tratamiento de los conocimientos tradicionales, folclore y recursos conexos; y para terminar veremos el Régimen de las Obtenciones vegetales. De la misma forma analizaremos su desarrollo institucional en materia de propiedad intelectual; y para concluir consideraremos los mecanismos coadyuvantes

de las políticas de propiedad intelectual: políticas de competencia e inversión en investigación y desarrollo (en este último se halla subsumido el análisis del capital humano). Por su nulo o escaso desarrollo en materia de estímulos de carácter fiscal y financiero, no será tomado en cuenta.

Conviene aclarar que en los siguientes párrafos, más que mostrar las fortalezas del régimen de propiedad intelectual de la Comunidad Andina, nos centraremos básicamente en sus debilidades, a fin de que este trabajo pueda contribuir al indispensable mejoramiento del proceso subregional andino.

1. La Comunidad Andina: sus objetivos originales y mecanismos.

Para Latinoamérica en general, la integración regional, fue concebida como un componente clave de su estrategia de desarrollo y del nuevo paradigma de inserción internacional¹²². Era claro que el Grupo Andino, hoy Comunidad Andina, no podía sustraerse de la gravitación dinámica de la economía internacional¹²³ y por ello se apoyó en el modelo (predominante en la región) de sustitución de importaciones.¹²⁴

¹²² En el panorama de incertidumbre y preocupación, la integración económica es, para América Latina, una alternativa viable para ganar independencia económica respecto de los centros de la economía mundial, ya que permite una utilización más eficiente de los recursos, incluso de los capitales externos, mejora el intercambio de bienes y servicios, contribuye a equilibrar las diferencias económicas entre los países vecinos y, además, beneficia la seguridad regional, al profundizar la confianza mutua entre los Estados.

¹²³ Según Alberto Baltra Cortés, “*La integración subregional aparece como una clara alternativa para los países que necesitan de mercados más amplios para su crecimiento industrial*” Véase en Alberto Baltra Cortés, El Pacto Andino y el capital extranjero, en Problemas del desarrollo, México, Instituto de Investigaciones Económicas, UNAM, octubre-diciembre de 1970, núm. 5, P. 86

¹²⁴ Germánico Salgado, El Grupo Andino, Quito, Editorial Ecuador, 2007, P. 17. La Comisión Económica para América Latina de las Naciones Unidas (CEPAL) fue creada en 1948, ante las constantes inquietudes en torno a las teorías sobre el desarrollo económico, y “*representó en la década del 50, la hegemonía de un paradigma, cuyo concepto clave era la industrialización*” y su mayor exponente fue Raúl Prebisch (Baldo Kresalja, “*La política en materia de propiedad industrial en la Comunidad Andina*” en Pontificia Universidad Católica del Perú, Derecho Comunitario Andino, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, P. 226). Según la teoría de Prebisch, “*la propagación del progreso técnico desde los países originarios al resto del mundo ha sido relativamente lenta e irregular*”; tras esta idea del sistema económico internacional jerarquizado surge la idea “Centro-Periferia” cuya esencia “*es el énfasis en las asimetrías básicas que caracterizan a la economía mundial y su persistencia a lo largo del tiempo*”; estas asimetrías se reflejan en primer lugar por las estructuras productivas (estructura especializada y heterogénea en los países de la periferia, y estructura diversificada y homogénea en los centros). Desde la visión de Prebisch, “*la superación de las asimetrías en el sistema económico internacional, exige no sólo un cambio en la estructura económica internacional, sino también un esfuerzo por transformar las estructuras de los países periféricos, un “desarrollo desde dentro”*”, aspecto esencial, porque tanto la acumulación de capital humano, el desarrollo de capacidades tecnológicas propias, así como el desarrollo institucional, son procesos esencialmente endógenos. De allí que sea decisiva programar el desarrollo y “*en general, diseñar estrategias estatales dirigidas a transformar las estructuras internas, para romper los obstáculos al desarrollo y permitir nuevas formas de inserción en la economía mundial*” La industrialización fue vista como “*la principal vía de transformación de la estructura productiva*” (José Antonio Ocampo, “*Raúl Prebisch y la agenda del Desarrollo, en los albores del siglo XXI*”, Documento presentado en el seminario “La teoría del desarrollo en los albores del siglo XXI”, organizado por la CEPAL para conmemorar el centenario de nacimiento de Raúl Prebisch, 10-10-10, en

La Comunidad Andina¹²⁵, nació el 26 de mayo de 1969¹²⁶, en virtud del Acuerdo de Cartagena, cuyos objetivos fueron “*promover en los países miembros un desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros, acelerar su crecimiento a través de la integración y facilitar su participación en el proceso de integración latinoamericano*”.^{127,128}

Evidentemente, el Acuerdo de Cartagena se enmarcaba en el contexto de la ALALC (antecedente del ALADI), y era compatible con el Acuerdo de Montevideo de 1960; tenía por objeto conseguir de manera conjunta un desarrollo industrial¹²⁹, una aceleración en el crecimiento económico, incorporarse en el mercado latinoamericano, todo con el fin último: generar mayor bienestar y mejorar el nivel de vida de las personas.

<http://www.ie.ufrj.br/prebisch/pdfs/prebisch-rev-jao28-08.pdf>); a través de la industrialización se “*permitiría la incorporación de métodos productivos más eficientes que aumentarían la productividad del trabajo y posibilitarían la absorción de mano de obra, y como consecuencia de ello, se iría difundiendo el progreso técnico*”. (V. Deves, Del Ariel de Rodó a la CEPAL, Buenos Aires, Biblos, 2000, P. 29, citado por Baldo Kresalja, en Baldo Kresalja, 2003: P. 226). Por otra parte, “*el incipiente desarrollo industrial había tropezado, en la década de los 50, con diversos obstáculos; el principal, la falta de mercado. Este hecho hizo surgir la idea tentadora de una dimensión adicional mediante una zona de libre intercambio*”. De esta manera “*la integración de las economías latinoamericanas se convertiría [...] en un requisito [sine qua non] de la política de desarrollo, y adquiriría tanta importancia como cualquiera de naturaleza interna*”. Se consideró que a través de esta acción se permitiría “*introducir tecnologías novedosas, estimularía la inversión privada y serviría para hacer mejor uso de las inversiones públicas*” (Baldo Kresalja, 2003: P. 229-230).

¹²⁵ El surgimiento del Grupo Andino, es expuesto de manera sencilla y clara por Roberto Bouzas y Meter Knaack, quienes expresan: “*La reacción a las tempranas dificultades de la ALALC no se hizo esperar. En 1965 el presidente de Chile, Eduardo Frei, solicitó a cuatro economistas latinoamericanos la elaboración de un documento con opiniones y recomendaciones para acelerar el proceso de integración. El resultado fue el Documento de los Cuatro publicado ese mismo año y en el que se propuso un “salto hacia adelante” a través de la creación de un mercado común latinoamericano (fundiendo las experiencias de la ALALC y el MCCA), la adopción de nuevos instrumentos (como un mecanismo automático de desgravación y programas regionales de inversión) y el fortalecimiento de las instituciones de la integración. Frente a la parálisis de la ALALC, una de las respuestas al Documento de los Cuatro fue la creación del Grupo Andino en 1969 con una agenda de integración más ambiciosa*” Para mayor información véase Roberto Bouzas y Meter Knaack, “El BID y el medio siglo de integración Regional en América Latina y el Caribe” 2009, Ponencia presentada para la Revista del Instituto para la integración de América Latina y el Caribe (BID-INTAL), No. 29/año 13/enero-junio 2009. P.15 10-10-09 en http://www.iadb.org/intal/icom/esp/pdf/e_INTAL_IYC_29_2009_Bouzas_Knaack.pdf

¹²⁶ Las causas principales de su creación son expuestas sucintamente por Luís Díaz Müller, El Derecho Económico y la Integración de América latina, Bogotá, Temis, 1988, P. 123, quien afirma: “*Las causas fundamentales de la creación del pacto Andino son muchas, entre ellas: la crisis de la ALALC, la necesidad de integraciones alternativas, cierto grado de homogeneidad y voluntad política, y un cierto nivel armónico de industrialización*”

¹²⁷ Ángel M. Casas Gragea, Integración regional y desarrollo en los países andinos, Quito, Corporación Editora Nacional, 2005, P. 174.

¹²⁸ Acuerdo de Cartagena, Acuerdo de Integración Subregional Andino suscrito el 26 de mayo de 1969, Art. 1. En las palabras de Germánico Salgado (P. 16-17) “*el objetivo primordial era la industrialización de mercado mediante el mercado ampliado. Es decir, un cambio de la estructura industrial anterior, basada fundamentalmente en el mercado nacional, por una estructura en la que fuera posible el desarrollo de industrias con mayores escalas de producción y un mayor progreso tecnológico, gracias a la especialización. La tesis, además, era que ese cambio posibilitara el desarrollo de actividades de exportación y una inserción económica adecuada en el mercado internacional*”.

El llamado antiguo regionalismo andino, al principio perseguía construir un mercado ampliado, a través de una unión aduanera y de una planificación industrial coordinada.¹³⁰ Los mecanismos que se propusieron aplicar, se hallan explicitados en el Art. 3 y básicamente fueron: el Programa de Liberación de los intercambios subregionales mediante la formación de una Zona de libre Comercio; el arancel externo común que se adoptaría en forma progresiva; la programación conjunta, a ejecutarse mediante los denominados Programas Sectoriales de Desarrollo Industrial y *la armonización de políticas económicas, y sociales y la aproximación de las legislaciones*¹³¹ *nacionales en las materias pertinentes.*¹³²

En cuanto a éste último mecanismo¹³³, se ordenó a los Países Miembros la adopción de una estrategia de desarrollo, con la finalidad de: acelerar el desarrollo económico de los Países Miembros; generar mayor ocupación laboral; mejorar el posicionamiento económico de los países Miembros en el plano internacional; superar los problemas de infraestructuras, reducir las diferencias de desarrollo entre los países miembros y lograr un mejor aprovechamiento de los progresos científicos y tecnológicos y fomentar la investigación en estos campos.¹³⁴

Con el propósito de cumplir esta última meta fundamental, los países se comprometieron a instituir un régimen común sobre tratamiento a los capitales extranjeros y entre otros, sobre marcas, patentes, licencias y regalías¹³⁵ y para ello se dispuso un plazo máximo: el 31 de diciembre de 1970.

En resumen, la Comunidad Andina para el logro de sus objetivos establece diversos mecanismos, entre ellos la armonización de políticas económicas y sociales, mediante un plexo de normas comunitarias (cuya máxima expresión han sido llamadas decisiones), pues existía la convicción de que a través de este desarrollo legislativo, era posible un crecimiento acelerado y

¹³⁰ Ángel M. Casas Gragea, Integración regional y desarrollo en los países andinos, Quito, Corporación Editora Nacional, 2005, P. 175.

¹³¹ Consideramos que cuando la norma originaria subregional evoca a la noción de armonización de las políticas, refiere a lo que se conoce como régimen común (entendido como aquel conjunto de normas rígidas, self executing, de autodesarrollo, es decir, no requieren de desarrollo interno por parte de los Países Miembros, y gozan de los principios propios del Derecho Comunitario, esto es, de primacía, de efecto directo y aplicación inmediata). En cambio cuando la normativa subregional hace referencia a aproximación, está en relación con el régimen armonizado (Entendido como aquel conjunto de normas amplias, flexibles que requieren desarrollo interno por parte de los Países Miembros para ser aplicado, es decir, se deja a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios). Para mayor información con relación al régimen común y el régimen armonizado véase Rodrigo Javier Garrón Bozo, Derecho Comunitario, La Paz, Producciones Cima, 2004.

¹³² La clasificación de los mecanismos utilizados y los comentarios fueron tomados de Á. Casas, 2005: P. 175

¹³³ Se reguló bajo el Título: “Armonización de las Políticas Económicas y Coordinación de los planes de desarrollo, del Acuerdo de Cartagena”.

¹³⁴ Art. 25. Acuerdo de Cartagena de 1969.

¹³⁵ Art. 27. Acuerdo de Cartagena de 1969.

la concertación en el comercio internacional. En virtud de este mecanismo los países andinos se obligaban a adoptar una estrategia cuya finalidad era lograr un mejor aprovechamiento de los progresos científicos y tecnológicos y fomentar la investigación. Fue en ese marco que se ordenó trabajar el desarrollo normativo de la propiedad intelectual.

Efectivamente, este régimen fue aprobado el 31 de diciembre de 1970, mediante la Decisión 24 (norma comunitaria que posteriormente fue sujeta a diferentes modificaciones a través de las cuales se cambió el propósito inicial de su regulación); en la misma se dispuso un plazo de 6 meses desde la entrada del régimen de inversiones (Decisión 24), para adoptar un reglamento para la aplicación de normas sobre propiedad industrial. En cumplimiento de aquel mandato, los órganos comunitarios iniciaron los respectivos trabajos con el propósito de discutir y elaborar el régimen de propiedad Intelectual, sin embargo, sólo al cabo de casi 4 años, la Comisión aprobó la Decisión 85.¹³⁶

Así del Acuerdo de Cartagena se infiere que los Estados Miembros del proceso de integración andino, desde las etapas iniciales de su concepción, destacaron la importancia que tiene la variable tecnológica en la promoción del desarrollo en sus países y el mejoramiento del nivel de vida de su población. Esta estrategia tiene sus antecedentes inmediatos en las experiencias nacionales en torno a sus sistemas científicos tecnológicos. Allí se evidenció que la característica más relevante era la dependencia externa del sistema y su limitada capacidad de decisión en el fomento, selección e importación de tecnología. También se pudo observar que las leyes de propiedad intelectual, estaban inspiradas en las necesidades de los países desarrollados, dado que las leyes de estos últimos fueron implementadas en momentos que la industria fabril no había empezado y el desarrollo tecnológico era inexistente, de ahí que la protección a la propiedad intelectual produjera efectos no deseados y muchos problemas en la región. Por estas razones, hubo una revalorización de las experiencias nacionales en la perspectiva integracionista, porque se consideraba que uno de los condicionantes de la viabilidad del esquema subregional era el adecuado diseño de políticas tecnológicas y su efectiva implementación.¹³⁷

¹³⁶ Galo Pico Mantilla “*La Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena*”, conferencia dictada en Santafé de Bogotá, durante el *Seminario* sobre propiedad industrial y competitividad empresarial, los días 14 y 15 de abril de 1994” P. 212 10-10-09 en

http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1994/09/09_La_Decision_344.pdf

¹³⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 1-IP-88. G.O. No. 33 de 26 de julio de 1988.

2. Políticas de propiedad intelectual en la comunidad andina: su trayectoria y principales decisiones.

Antes de realizar las consideraciones pertinentes en torno a cada categoría jurídica de la propiedad intelectual manejadas en la Comunidad Andina, conviene señalar que las principales decisiones que actualmente rigen y están vigentes son: en propiedad industrial, tenemos la Decisión 486, en Derecho de Autor y derechos Conexos la Decisión 351, pero además de estos dos grandes campos tenemos la Decisión 345 en relación a las variedades vegetales, y la Decisión 391 con referencia a los recursos genéticos¹³⁸ y podemos ilustrarlo de la siguiente forma:

Normativa andina en propiedad intelectual

PROPIEDAD INDUSTRIAL	Decisión 486 (2000)	Régimen Común sobre Propiedad Industrial (<i>Vigente desde el 1 de diciembre del 2000; sustituye a la Decisión 344</i>)
DERECHOS DE AUTOR	Decisión 351 (1993)	Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. <i>Gaceta Oficial No.145 de 21 de diciembre de 1993.</i>
OBTENCIONES VEGETALES	Decisión 445 (1993)	Régimen Común de Protección a los derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales. <i>Gaceta Oficial No.142 de 29 de octubre de 1993.</i>
RECURSOS GENÉTICOS	Decisión 391 (1996)	Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos <i>Gaceta Oficial No.212 de 17 de julio de 1996.</i>

El desarrollo normativo en propiedad intelectual en el Acuerdo de Cartagena, estuvo íntimamente vinculado a las políticas económicas y comerciales que se aplicaban en la región, por esto, consideramos que por su importancia para el objeto de nuestro estudio, primeramente realizaremos el análisis vinculado a la propiedad industrial.

2.1. Régimen de propiedad industrial

El análisis normativo de la Propiedad Industrial es trascendental porque constituye el reflejo de una concepción política y económica; está íntimamente vinculado con el modelo de desarrollo que se implementa para cumplir y alcanzar las metas de crecimiento y bienestar social. Es claro que su tratamiento es uno de los campos más sensibles, ya que se mueve en 2 extremos: privilegiar al titular de derechos patrimoniales (la propiedad privada) o sin desconocer sus

¹³⁸ La clasificación que utilizamos, está en conformidad con lo dispuesto por Secretaría General de la Comunidad Andina. Para mayor información véase el Documento Informativo SG/di 666 “*Estado de la integración andina: Instituciones, mecanismos y disciplinas relacionados con el comercio*”, de 12 de octubre de 2004 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

derechos, direccionarla dentro de límites concretos de un determinado plan económico al cual debe asimilarse y sujetarse.¹³⁹

Hasta el advenimiento de la normativa comunitaria en materia de propiedad industrial, el Convenio de París fue el único mecanismo jurídico para internacionalizar la protección legal de la innovación tecnológica, empero, “*con el auge de los procesos de integración, basados en la libre circulación de las mercancías en el seno de la comunidad se hizo notoria la insuficiencia de las disposiciones de este Convenio, que establecía la independencia de los derechos nacionales de patentes*”¹⁴⁰, de allí surgió la idea de establecer normas comunes en la esfera comunitaria¹⁴¹ que regulen tales situaciones.

Más aún, para tal decisión se consideraron varios aspectos, entre ellos, se advierte que de manera general en América Latina, la Propiedad Industrial salta bruscamente de su aislamiento jurídico y comienza a ser considerada como herramienta importante en los procesos de integración, a partir de los 70, a la luz de los debates sobre el desarrollo económico. Hasta antes de ello, las legislaciones en Latinoamérica respondían a las premisas clásicas del sistema internacional, esto es, todos los sujetos a los que se aplican los derechos de propiedad industrial y todos los países en los que dichos derechos se ejercen, son iguales¹⁴², olvidando así que las circunstancias y necesidades de los países son distintas, y por tanto, que dichas regulaciones normativas deben adecuarse a ellas.

De los debates que hubieron, fue el sistema de patentes el que mayor relevancia tuvo, por su papel en la industrialización y porque había emergencia de economías nacionales que deseaban impulsar fundamentalmente al sector manufacturero.¹⁴³

Diversos estudios, conferencias e instituciones a nivel regional, contribuyeron a ampliar el grado de comprensión y a estimular la acción de los países en la materia, tales, como el

¹³⁹ Martín Uribe Arbeláez, Propiedad Industrial neoliberalismo y patente de la vida, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2002, P. 117.

¹⁴⁰ Luis E. Bertone “Los proceso de integración y la protección de la innovación tecnológica” 2-09-09, en http://www.iadb.org/intal/intalcdi/integracion_latinoamericana/documentos/069-

¹⁴¹ El sistema aplicado por la Comunidad Andina para la implementación de reglas jurídicas en materia de propiedad industrial fue utilizando los medios propios del Derecho Comunitario, es decir, mediante la participación de sus organismos supranacionales, en este caso, vía Decisión: No. 85 “*Reglamento para la aplicación de las disposiciones relativas a la propiedad industrial*” de 1975. Cosa opuesta se dio en el ámbito comunitario europeo en su etapa primaria, ya que recurrieron al método clásico de Derecho Internacional, es decir, mediante la suscripción de Tratados Internacionales: Convención de Munich de Patentes Europeas firmada en 1973, el Convenio de Luxemburgo de 1975 y Convenio de Budapest de 1977.

¹⁴² Baldo Kresalja, 2003: P. 238-239.

¹⁴³ Todos estos resultados produjeron una revisión de los regímenes de patentes y marcas, con la finalidad de promover el desarrollo económico y social de los países en desarrollo.

Consenso de Brasilia de 1972, expresado en la Conferencia sobre la Aplicación de Ciencia y Tecnología al Desarrollo de América Latina, según la cual dichos sistemas de propiedad industrial no sólo no resultaron adecuados para los países, sino que fueron aprovechados por las empresas exportadoras de tecnología para imponer pautas de consumo y obtener privilegios en la producción, distribución y comercio exterior.¹⁴⁴

Por otra parte, el Comité Jurídico Interamericano presentó un informe a la organización de Estados Americanos en 1971 relativo a la revisión, actualización y evaluación de las Convenciones Interamericanas sobre la Propiedad Industrial, en el que se concluía *“la protección monopólica que han ofrecido nuestros ordenamientos jurídicos internos e internacionales a este tipo de propiedad industrial (las patentes de invención) han sido de mayor volumen para los productos de la técnica extranjera que para los nacionales. Por otra parte, el privilegio que va involucrado en la concesión de una patente muchas veces se transforma en un monopolio exclusivamente comercial, evidentemente contrario al interés público”*.¹⁴⁵

Por su parte a nivel andino, la Junta una vez aprobada la decisión 24, preparó en diciembre de 1971 la Propuesta 19/Mod.1 correspondiente al reglamento para la aplicación de normas sobre propiedad industrial. De las investigaciones que realizó, en lo relativo a la propiedad intelectual, se pudo constatar:

“Un altísimo porcentaje – 95 por ciento – de las patentes concedidas en la subregión eran de origen extranjero. Esta situación conocida con los datos obtenidos en investigación similares adelantadas en otros países en vías de desarrollo. 2) El 95 por ciento de las patentes otorgadas no se explotaban en los países de la subregión. Lo anterior significa que el título de patente se solicitaba no para explotar la invención localmente y contribuir de esta manera al desarrollo del país sino para explotar el mercado en forma monopólica y oligopólistica. 3) Las legislaciones sobre la materia que existían en la mayoría de los Países Miembros obedecían a normas copiadas casi textualmente de las leyes expedidas por los países industrialmente desarrollados, exportadores de tecnología, en donde las patentes están altamente concentradas en grupos reducidos de empresas y particularmente en las empresas denominadas transnacionales”.^{146,147} Pero también de la propuesta se pudo evidenciar *“que las oficinas nacionales*

¹⁴⁴ Resolución N° 2 de CATAL, Brasilia, mayo de 1972.

¹⁴⁵ Eduardo White, “La cuestión de la propiedad industrial en América Latina y su papel en el proceso de desarrollo e integración económica”. Para mayor información véase http://www.iadb.org/intal/intalcdi/Derecho_Integracion/documentos/020-Estudios_01.pdf

¹⁴⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 7-IP-89. G.O. No. 53 de 18 de diciembre de 1989.

¹⁴⁷ En lo relativo al monopolio tecnológico, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina consideró (Proceso 7-IP-89 G.O. No. 53 de 18 de diciembre de 1989) *“Frente a esta realidad los países en vías de desarrollo - y entre ellos sin duda los que integran el Grupo Andino -, víctimas de su dependencia frente a los industrializados y extremadamente vulnerables, requieren de un marco institucional que los defienda. Resulta evidente que en estos*

*encargadas de otorgar patentes en los países de la subregión, no funcionaban adecuadamente y no desempeñaban así ‘una verdadera labor de divulgación de los conocimientos tecnológicos y científicos en beneficio de la industrialización de los respectivos países’.*¹⁴⁸

Todos estos antecedentes, constituyeron motivantes para que en el Grupo Andino se establezca un régimen moderno de propiedad industrial, acorde con las realidades y circunstancias de los Países Miembros, que coadyuvara a una verdadera transferencia de tecnología y por ende contribuyera a un verdadero desarrollo económico y social.¹⁴⁹

A continuación realizaremos un análisis detallado de las prescripciones normativas más importantes en materia de Propiedad Industrial; con este motivo clasificaremos el acervo comunitario en 4 etapas: 1ra. Etapa. Decisión 85; 2da. Etapa Decisiones 311, 313, 344; 3ra. Etapa Decisión 486; 4ta. Etapa. Decisión 689.

Normativa andina relativa a la propiedad industrial.

1ra. ETAPA	Decisión 85 (1974)	Régimen Común sobre Propiedad Industrial. <i>(Suspensión del artículo 83: Decisión 275; Sustituida por la Decisión 311; Decisiones sustitutivas posteriores: 313, 344 y 486)</i>
2da. ETAPA	Decisión 311 (1991)	Régimen Común sobre Propiedad Industrial <i>(Sustituye a la Decisión 85)</i> <i>Gaceta Oficial No.96 de 12 de diciembre de 1991.</i>
	Decisión 313 (1992)	Régimen Común sobre Propiedad Industrial <i>(Sustituye a la Decisión 311)</i> <i>Gaceta Oficial No.101 de 14 de febrero de 1992.</i>
	Decisión 344 (1993)	Régimen Común sobre Propiedad Industrial <i>(Sustituye a las Decisiones 85, 275, 311 y 313)</i> <i>Gaceta Oficial No.142 de 29 de octubre de 1993.</i>
3ra. ETAPA	Decisión 486 (2000)	Régimen Común sobre Propiedad Industrial <i>(Vigente desde el 1 de diciembre del 2000; sustituye a la Decisión 344; aclaración del art. 266 mediante la: Decisión 632)</i> <i>Gaceta Oficial No.600 de 19 de septiembre del 2000.</i>
4ta. ETAPA	Decisión 632 (2006)	Aclaración del segundo párrafo del Artículo 266 de la Decisión 486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial. <i>Gaceta Oficial No. 1321 de 7 de abril de 2006.</i>
	Decisión 689 (2008)	Adecuación de determinados artículos de la Decisión 486. Régimen Común sobre Propiedad Industrial. <i>Gaceta Oficial No. 1646 de 15 de agosto de 2008.</i>

países el otorgamiento de monopolios fundados en la capacidad inventiva en vez de ser estimulante [...] resultaría desalentador”.

¹⁴⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 7-IP-89. G.O. No. 53 de 18 de diciembre de 1989.

¹⁴⁹ Como señala Carlos Aguirre, la política comunitaria fue diseñada para posibilitar: la vinculación de la tecnología con el mercado ampliado; subordinar la inversión extranjera y transferencia de tecnología al interés comunitario; acelerar la tecnología al proceso de producción. Así *“para aprovechar del mercado ampliado, aumento de competitividad y la puesta en marcha de una programación industrial, se definieron políticas novedosas”*. Parte vital de la concepción era importar tecnología a través del aprendizaje, asimilación y acumulación para tratar de *“afirmar un proceso basado fundamentalmente en las capacidades internas, desplegando aptitudes propias y proporcionando la utilización de factores locales de producción”*, como elementos de un modelo de desarrollo.¹⁴⁹ Dentro de los instrumentos de tales políticas se encontraban, la Decisión 85 referida a la propiedad industrial y la decisión 24 vinculada con el régimen de inversiones. Carlos Aguirre, *“Política científica, tecnológica y de innovación en los Países Andinos”*, en Memorias del Seminario sobre Innovación y Transferencia de Tecnología, Sucre-Bolivia, del 9 al 11 de noviembre de 1992, P. 1.

2.1.1 Una concepción en el modelo de desarrollo: Decisión 85.

En el Grupo Andino, en junio de 1974 se emite la decisión 85, la cual entró en vigencia a partir de 1979¹⁵⁰, bajo el título “*Reglamento para la aplicación de las normas sobre Propiedad Industrial*”¹⁵¹ cuyo objetivo fundamental fue establecer una relación entre el desarrollo socio económico, en especial el tecnológico y los derechos que se conceden a los particulares. Es decir, que los últimos se justifican moral, económica y jurídicamente en la medida en que constituyan mecanismos que promuevan el desarrollo equilibrado y el mejoramiento persistente del nivel de vida de los habitantes. Se consideraba que el contenido de la decisión 85 era íntegro y total, respecto a propiedad industrial concierne, y por tanto todas las normas nacionales en relación a los cuales el derecho comunitario codifica, estarían derogadas.¹⁵² Se procuró a través de la Decisión 85 proteger en el Grupo Andino a los sectores más sensibles y vitales (en especial el sector agropecuario), contra los graves y evidentes riesgos que devienen de la excesiva dependencia de parte de los países desarrollados, principalmente por unas cuantas multinacionales que dominan el mercado a nivel mundial.¹⁵³

Como acertadamente señala Martín Uribe:

“La Decisión 85 de 1978, seguía los lineamientos de la CEPAL (Comisión Económica para América Latina), Trataba de enmarcar la propiedad industrial dentro del modelo de desarrollo de la sustitución de importaciones. La meta era la autarquía. La asimilación de tecnología, las reformas sociales para ampliar la demanda interna y la diversificación de la producción, permitirían adquirir un crecimiento autosostenido. Había que enmendar errores y no permitir que la subregión andina fuese un mero receptor pasivo de tecnología obsoleta; que la vigencia de una patente bloqueara el mercado y que las transnacionales impusieran las condiciones en su único beneficio [...] adoptó correctivos para que, pagando por la tecnología que se necesitaba y garantizando los derechos de propiedad industrial, ésta se

¹⁵⁰ Es conveniente hacer notar que hasta esa fecha, ninguno de los países Miembros eran parte del convenio de París. Dicho convenio como vimos constituía el acuerdo multilateral más importante en Propiedad Intelectual, hasta antes de la llegada del ADPIC o TRIPS (tratado – en el marco de la OMC - del cual todos los países de la Comunidad son miembros). Además que por otro lado, el Convenio de París tenía poca importancia en los países andinos por su escaso desarrollo científico tecnológico.

¹⁵¹ Es importante señalar que la denominación de Reglamento, no implicaba que dicha decisión no tuviere las prerrogativas del derecho Comunitario, efecto directo, aplicabilidad inmediata y primacía. Es más, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señaló al respecto: “*Se estableció así un régimen común y uniforme de especial significación dentro del proyecto integracionista, cuyas características principales, en cuanto ordenamiento comunitario, son las de constituir una regulación autónoma, coercitiva, de efecto directo y que constituye un derecho único para toda la subregión, que ha de aplicarse en toda ella de manera homogénea y que ha de prevalecer por lo tanto, en todo caso sobre el derecho nacional*” (Proceso No. 1-IP-88. G.O. No. 33 de 26 de julio de 1988).

¹⁵² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 1-IP-88. G.O. No. 33 de 26 de julio de 1988.

¹⁵³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 7-IP-89. G.O. No. 53 de 18 de diciembre de 1989.

convirtiera en un instrumento para el desarrollo y no en una fuente de manipulación del mercado subregional al servicio de las transnacionales”¹⁵⁴

La decisión 85 fue controvertida desde su inicio: entre otras, prohibía celebrar convenios con terceros u organismos internacionales que vayan contra el ordenamiento comunitario; en cuanto a la patentabilidad, obviaba el nivel inventivo, no reconocía la protección de productos farmacéuticos, el plazo de protección era reducido (10 años), con la exigencia de explotar el invento casi inmediatamente al otorgamiento del título, existían restricciones respecto del derecho de exclusividad (explotación efectiva).

Según el Art. 83, los Países Miembros estaban prohibidos de celebrar de manera unilateral convenios sobre propiedad industrial con terceros países o con organismos internacionales que contravengan las disposiciones del presente Reglamento. Esta prescripción legal implicaba por ejemplo que los países Miembros de la Comunidad, no podían celebrar el Tratado de París, pues su contenido no coincidía en todo con la Decisión. Como diría Baldo Kresalja,

“Sin duda era así [contrarias] con algunas de ellas pero no con todas, pues tenía algunas similares a las presentes en la legislación comúnmente aceptada y otras cuyo antecedente se encontraba en la ley-tipo para invenciones de la OMPI. En cuanto a patentes por ejemplo, no había incluido uno de los requisitos de patentabilidad (altura inventiva)¹⁵⁵, prohibía otorgar títulos a inventos que pudieran considerarse contrarios al desarrollo del país, las sujetaba a condiciones especiales de explotación, el plazo de protección era muy corto, varió el concepto de explotación y fue muy radical en cuanto a licencias obligatorias; además, recortó a los titulares de patentes y de marcas su derecho relativo a la facultad de importar con exclusividad. También incorporó la cancelación del registro de marcas por usos indebidos, considerando como tales los relativos a la calidad o precio del producto”¹⁵⁶.

Del artículo 5 inc. c) de la decisión 85 se puede evidenciar claramente la prohibición explícita de patentar *“Los productos farmacéuticos, los medicamentos, las sustancias terapéuticamente activas, las bebidas y los alimentos para el uso humano, animal o vegetal”*. Los productos

¹⁵⁴ M. Uribe Arbeláez: 2002, P. 117.

¹⁵⁵ Según la teoría tradicional se considera que para patentar una invención se requieren 3 condiciones: novedad, nivel inventivo y aplicación industrial. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señaló al respecto *“Para que una invención pueda patentarse se requiere que reúna las siguientes condiciones de fondo: que sea nueva (art. 2), susceptible de aplicación industrial (art. 3) y lícita (art. 5). Además se debe cumplir con las condiciones previstas en las Secciones III y IV del Capítulo I de la Decisión 85”*. (Proceso No. 6-IP-89. G.O. No. 50 de 17 de noviembre de 1989).

¹⁵⁶ B. Kresalja, 2003, P. 250

farmacéuticos sólo podían ser objeto de patente de procedimiento¹⁵⁷, y por tanto, únicamente protege el proceso o la forma de obtención del producto pero no su resultado. La razón es que se considera que patentar productos se traduce en un costo exagerado del costo de los medicamentos, “*constituye un monopolio exorbitante, que puede afectar el progreso técnico y privar de estímulo a las investigaciones que tengan por finalidad encontrar alternativas, nuevos procedimientos para obtener sustancias conocidas ya*”¹⁵⁸. Esto implica que el titular puede solicitar el registro de patente para el procedimiento, distinto del ya registrado, que permita obtener la misma sustancia.

En cuanto al plazo de duración de la concesión de exclusividad del derecho de patente, la normativa comunitaria establecía un plazo máximo de 10 años. Inicialmente se otorgaba el derecho exclusivo por 5 años, prorrogables por 5 años, siempre y cuando se hubiere demostrado una adecuada explotación (Art. 29). Las consideraciones en torno al plazo son controvertidas, empero, se estableció este plazo porque se pretendía que primara el derecho de la salud y la vida, sobre los derechos de los titulares de obtener ventajas económicas producto de su creación; un derecho de exclusividad por un plazo prolongado puede provocar un desequilibrio y hacer que la protección vaya demasiado a favor del innovador; una protección excesiva puede retrasar la propagación de nuevas tecnologías.

Respecto a las condiciones de exclusividad del producto, se establecía que si bien se otorgaba al titular de patente el derecho de exclusividad, “*la patente no conferiría el derecho de importar el producto patentado o el fabricado por el procedimiento patentado*” (Art. 31). De la misma forma se prescribía como causal de licencia obligatoria, la no explotación de la patente.¹⁵⁹

La obligación de explotar la patente, constituía una contraprestación mínima para asegurar la transferencia de tecnología. El requisito de que se debía explotar la patente tenía

¹⁵⁷ Como advierte L. Bertone (1982 Op. Cit.) La Decisión 85 “*es el único orden jurídico comunitario que excluye de la protección a los productos farmacéuticos y similares; ello corresponde a una tradición jurídica profundamente enraizada en las legislaciones de los Estados miembros*”.

¹⁵⁸ Martín Uribe Arbeláez, La Transformación de la Propiedad Intelectual, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2005. P. 55.

¹⁵⁹ Así el Artículo 34 de la Decisión 85 señalaba que pasados tres años desde la concesión de la patente, existía la posibilidad de solicitar a la oficina nacional competente el otorgamiento de licencia obligatoria para explotar esa patente si se daban determinados supuestos: “*a) Que la invención patentada no haya sido explotada en el país; b) Que la explotación de dicha invención haya estado suspendida por más de un año; c) Que la explotación no satisfaga en condiciones razonables de cantidad, calidad o precio, la demanda del mercado nacional; y d) Que el titular de la patente no haya concedido licencias contractuales en condiciones razonables en forma que el titular de aquellas pueda satisfacer la demanda del mercado nacional en condiciones razonables de cantidad, calidad o precio*”.

como propósito, acabar con una práctica restrictiva de la competencia, que no contribuía en absoluto al desarrollo y efectivamente era determinante de una abusiva especulación de precios.¹⁶⁰ A cambio del derecho de exclusividad, el titular del derecho debía explotar la patente.¹⁶¹ Si realmente se pretendía salir del subdesarrollo, los países debían propender a eliminar o disminuir las brechas tecnológicas, y con este propósito había que buscar instrumentos efectivos para la transferencia tecnológica a través de la asimilación o incorporación de tecnología extranjera.¹⁶²

En cuanto a las licencias obligatorias por causas de interés público, el art. 39 la decisión 85 establecía que las patentes por interés de la salud pública o por necesidades del desarrollo nacional, podían ser sometidas a licencia obligatoria en cualquier momento.

Lo que se exigía en definitiva con la decisión 85, más allá de restringir los derechos de los titulares de derechos intelectuales,¹⁶³ era entre otras cosas debilitar el sistema de patentes, ya que era considerado contrario al desarrollo de los países, y de esta forma instituir una normatividad comunitaria acorde a las propias circunstancias y necesidades, en procura de un equilibrio más justo.

“Era la primera vez que un conjunto de países pobres, ajenos a la órbita socialista de entonces, ubicados en la zona de influencia del país más poderoso y rico, adoptaba una posición distinta, sui generis [...] Así pues, la Decisión 85 se concibió como un instrumento estrechamente vinculado al desarrollo industrial y tecnológico, concepción que la hacía contraria a los que pensaban que el Convenio de París debía responder, en primer término, no ya protegiendo los derechos del inventor individualmente considerado

¹⁶⁰ M. Uribe: 2005, P. 60

¹⁶¹ Según el Art. 31 de la Decisión 85, por explotación se entiende “la utilización permanente y estable de los procedimientos patentados o la elaboración del producto amparado por la patente para suministrar al mercado el resultado final en condiciones razonables de comercialización”.

¹⁶² Para un entendimiento cabal del riesgo o peligro que se corre, recurrimos a Bernardo Sepulveda y Antonio Chumacero, quienes explican a profundidad los monopolios de importación (M. Uribe 2002. P. 130 y 131): “La concentración de patentes en unas cuantas firmas internacionales va acompañada de una práctica generalizada por parte de esas empresas que operan en países subdesarrollados: la no explotación de las patentes registradas. Ello obedece a que el motivo para obtener una patente se funda básicamente en el deseo de asegurar mercados de importación para las corporaciones multinacionales, limitando de esta forma una posible competencia de compañías extranjeras o nacionales. La consecuencia es que las patentes no representan, conforme a este sistema de propiedad industrial, un canal para el ingreso de tecnología de un país [...] Así, la empresa propietaria de la patente se convierte en la única entidad que puede producir un determinado producto. Pero lo que es más, esa entidad también posee la titularidad exclusiva de conceder permisos de importación para el aprovechamiento de ese producto. Ello sucede así porque “el Estado concede privilegios monopólicos a sus titulares de la patente extranjera. Otras empresas, sean nacionales o extranjeras, requerirán de permisos de importación, concedidos mediante acuerdos de licencia de patentes con los propietarios de la patente extranjera, a fin de importar ese producto al país”.

¹⁶³ Las limitaciones a los derechos de los titulares se mantienen a lo largo de la Decisión 85: El reducido término para permitir reivindicaciones (Art. 7), máximo de protección (Art. 29), la obligación impuesta de explotación efectiva (Art. 30, 31, 34), etc.

sino salvaguardando a los titulares de las patentes, usualmente grandes compañías domiciliadas en los países más avanzados, y dejando, en segundo plano, las consideraciones sobre transferencia tecnológica".¹⁶⁴

En relación a las marcas, según la decisión 85, su registro tenía una duración de 5 años prorrogables de forma indefinida (Art. 69), sin embargo, para tener tal derecho, debía demostrarse que se está utilizando la marca en cuestión (Art. 70). Autores como Baldo Kresalja en relación a las marcas consideran que: *“si bien su articulado parecería poco elaborado, si lo comparamos con las leyes vigentes, no tuvo grandes deméritos, pero dio lugar a polémica la exigencia de uso para obtener renovación del derecho; la solución adoptada para marcas iguales de distintos titulares de la subregión andina; el pobre trato a las marcas notorias, colectivas y a las denominaciones de origen, así como también a las acciones destinadas a proteger los derechos de exclusiva”*.¹⁶⁵

Si bien la Decisión 85 tuvo una vigencia prolongada (más de diez años), hubo un inconveniente, rigió de forma parcial, pues sólo se aplicó en 3 de los 5 países miembros: Colombia, Perú y Ecuador. Bolivia y Venezuela nunca la aplicaron¹⁶⁶.

2.1.2 Activismo normativo singular: Decisiones 311, 313 y 344.

En el periodo de los 90 se dio un activismo singular, yendo en contra la noción de estabilidad normativa, porque en menos de 5 años se emitieron 3 decisiones consecutivas.

Es así como la Decisión 311 entró en vigencia el 12 de diciembre de 1991 (G.O. 96 de 12 de diciembre de 1991), con el propósito de sustituir la Decisión 85. Su tiempo de vigencia fue extremadamente corta ya que el 14 de febrero de 1992 entra en vigencia la Decisión 313. Dicha decisión, además de introducir lo dispuesto en el acta de Barahona¹⁶⁷, *“agregó otras enmiendas al texto de la Decisión 311 y la reemplazó totalmente. [Sin embargo] La decisión 313 no eliminó todas las incongruencias y contradicciones que presentaba la Decisión 311,*

¹⁶⁴ B. Kresalja, 2003: P. 251.

¹⁶⁵ *Ibíd.* P. 256

¹⁶⁶ Como menciona Pico Mantilla, no podemos aseverar que la Decisión 85 se cumplió en todos los países que decidieron incorporarlo en su ordenamiento jurídico nacional (Galo Pico Mantilla: 1994, P. 213). Sin embargo, en el caso del Perú se puede afirmar que la Decisión 85 tuvo gran trascendencia, pues tal como lo expresa Baldo Kresalja, la Decisión 85 *“acusa su influencia”* frente a la legislación interna (Para mayor información ver Baldo Kresalja, La propiedad industrial: cronología legislativa republicana en Baldo Kresalja (Dir.) Anuario Andino de Derechos Intelectuales, Lima, Palestra, 2009. P. 77 – 83).

¹⁶⁷ Acta de Barahona, reunión llevada a cabo del 3 al 5 de diciembre de 1991, en la que los Presidentes de los Países Miembros establecieron el mandato de modificar la decisión 311. Se convenía sustituir el artículo 119 de la Decisión 311, determinando que los países miembros estarían facultados para poder celebrar acuerdos o convenios bilaterales con países u organismos internacionales con el propósito de fortalecer y ampliar los Derechos de Propiedad Intelectual.

*limitándose a corregir algunos errores, suprimir parcialmente las incongruencias y simplificar algunos trámites para la concesión de derechos de propiedad industrial”.*¹⁶⁸

Las modificaciones constantes se justifican porque hubieron presiones por parte de las industrias farmacéuticas, pues no era de su agrado el impedimento de patentamiento de productos farmacéuticos¹⁶⁹, de la misma forma no fueron del agrado del gobierno de los Estados, “dentro de los cuales ocupan un lugar muy importante las observaciones hechas por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos de América (la señora Carla Hills [Secretaria de Comercio] y sus colaboradores) que unas veces pretendían se copiara la regulación estadounidense criticada por la doctrina de ese país, como sucede con la no admisión de la cesión de la libre marca; y en otras ocasiones se basaban en interpretaciones equivocadas –unas de primera mano y otras obtenidas de abogados de los Países Miembros- de las normas comunitarias andinas que no tenían las consecuencias que según los funcionarios internacionales conllevaban”.¹⁷⁰

Como señala Galo Pico Mantilla: “Las presiones internas y externas sobre los negociadores gubernamentales, los intereses, si se quiere, de adoptar o configurar una norma comunitaria que por su propia naturaleza debe ser diferente a los intereses estrictamente nacionales o particulares, han conducido a la subregión andina a tener un régimen común, que en principio con el nombre de reglamento, fue incumplido y que hoy con el nombre de régimen común, parece ser inestable”.¹⁷¹

Estas situaciones condujeron a que se propusiera una nueva modificación que resultó en el reemplazo de la Decisión 313 por la decisión 344 que entra en vigencia a partir del 1 de enero de 1994.

Ahora bien, en relación a las modificaciones introducidas por las decisiones mencionadas, la Decisión 85 tuvo cambios abruptos como señalaremos a continuación.

En cuanto a las exigencias para la concesión de patentes de invención, a través de la Decisión 313 (Art. 1) se incluye el nivel inventivo como requisito sine qua non, pero además incluye a los servicios en el concepto de aplicación industrial (Art. 5).

¹⁶⁸ Manuel Pachón y Zoraida Sánchez Ávila, El régimen andino de la propiedad industrial, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995. P. 22.

¹⁶⁹ B. Kresalja: 2003, P. 258

¹⁷⁰ Manuel Pachón y Zoraida Sánchez Ávila, El régimen andino de la propiedad industrial, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995. P. 22.

¹⁷¹ G. Pico: 1994. P. 213.

En el aspecto relativo a las patentes de medicamentos, según la Decisión 85 solo se otorgaba a los procedimientos y no así a los productos¹⁷², de la misma forma se prohibía patentar productos o servicios que afecten al desarrollo del respectivo País.¹⁷³ Los criterios aplicados atendían lógicamente a intereses de naturaleza pública, esto es, estaban relacionados con la estrategia global para lograr el desarrollo de la subregión. Fue la Decisión 344 que eliminó tal exclusión, al establecer explícitamente que se “*otorgarán patentes para las invenciones sean de productos o procedimientos en todos los campos de la tecnología*” (Decisión 344 Art. 1). De esta manera se amplía de forma exorbitante el campo de protección de las patentes, se observa cómo se extiende la cobertura de protección al universo de productos farmacéuticos, aunque como se verá más adelante se incluye una prescripción de exclusión de patentabilidad pero sólo para un mínimo de medicamentos.

En lo que refiere a tratados internacionales, fue la Decisión 344¹⁷⁴ la que dio la facultad a los Estados Miembros del Acuerdo de Cartagena para que pudieran a través de convenios o tratados internacionales, fortalecer o ampliar los Derechos de Propiedad Industrial, implicando la eliminación de la prohibición de celebrar acuerdos de forma unilateral que contravengan la Decisión 85. La decisión 344 permitía legislar sobre materia de propiedad industrial con el único propósito de fortalecer los derechos de propiedad industrial, y comprometerse a través de la celebración y ratificación acordados en el ámbito de organismos internacionales cuando ellos busquen fortalecer los derechos de propiedad industrial (Art. 143) “*Lo anterior significa que el principio de la primacía del derecho comunitario, conforme al cual la legislación interna –sea anterior o posterior a la legislación comunitaria- no será oponible a la normatividad subregional no es totalmente aplicable, pues en lo concerniente a la propiedad industrial, las normas internas posteriores a la normatividad del derecho de la integración pueden prevalecer sobre la legislación comunitaria si fortalecen los derechos otorgados por ésta [...] La nueva norma permite que mediante tratados -ya sean bilaterales, ya sea en el ámbito de organismos internacionales- se fortalezcan los derechos de propiedad industrial. Los Países Miembros, eso*

¹⁷² Decisión 85 Artículo 5.- No se otorgarán patentes para: c) Los productos farmacéuticos, los medicamentos, las sustancias terapéuticamente activas, las bebidas y los alimentos para el uso humano, animal o vegetal;

¹⁷³ Decisión 85 Artículo 5.- No se otorgarán patentes para: e) Las invenciones que afecten el desarrollo del respectivo País Miembro o los procesos, productos o grupos de productos cuya patentabilidad excluyan los Gobiernos.

¹⁷⁴ Sin duda, lo que se buscaba a partir de la sustitución de la decisión 85 por las decisiones 311 y 313 respectivamente, era proteger los frutos del trabajo intelectual, esto es, disposiciones que protegieran adecuadamente a los titulares de derechos de propiedad industrial.

*sí, no pueden celebrar tratados que busquen debilitar los derechos de propiedad industrial*¹⁷⁵
Ello permitió a los países andinos retomar la libertad para formar parte de diversos instrumentos, entre ellos el Convenio de París y el ADPIC.¹⁷⁶

En lo referente a las exclusiones de patentabilidad, en virtud de la decisión 313 se incluye además de las especies y razas animales y procedimientos biológicos para su obtención (prescripción ya dispuesta en la Decisión 85) a las materias que componen el cuerpo humano y sobre la identidad genética del mismo (Art. 7 inc. b), c) y e)). La Decisión 344 introduce un agregado a las exclusiones de patentabilidad: preservación de los vegetales; o, a la preservación del medio ambiente (Art. 7 inc. b)). Conviene señalar que en lo principal, esto es la prohibición de patentar productos farmacéuticos, se exceptuó a los productos esenciales que figuren en la lista de la Organización Mundial de la Salud, salvedad jurídica que se mantuvo en la Decisión 344¹⁷⁷. En virtud de la Decisión 313 también se elimina aquella cláusula controvertida, referida a la causal de exclusión de las patentes por ser contraria al desarrollo de los países o los procesos, productos o grupos de productos cuya patentabilidad excluyan los Gobiernos.

En cuanto al plazo de protección de la patente, la decisión 344 (Art. 30), amplía el plazo de duración a 20 años, contados a partir de la fecha de presentación de la respectiva solicitud. Por otra parte, la exigencia de prolongación para la concesión de exclusividad y la condición de demostrar que existe una efectiva explotación, se elimina, y por tanto la concesión del derecho no tiene requisito alguno de explotación y/o utilización efectiva de patente y se la otorga en un solo momento (recordemos que la decisión 85 establecía un plazo de 10 años, pero que se dividía en dos momentos, inicialmente por cinco años, prorrogables a otros cinco bajo la condición de demostrar su efectiva explotación). Se amplía el plazo de protección, bajo el supuesto de compensar el gasto en investigación que realizan fundamentalmente las industrias farmacéuticas, provocando un monopolio prolongado, que en vez de incentivar la innovación lo que hace es truncarla. No hay evidencia científica que determine que el plazo de protección adecuado sea 20 años. Este tipo de prolongación del plazo de protección lo único que provoca es postergar la propagación del progreso técnico, como señala Uribe:

¹⁷⁵ Manuel Pachón y Zoraida Sánchez Ávila, *El régimen andino de la propiedad industrial*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995. P. 27-30.

¹⁷⁶ B. Kresalja, 2003: P. 254.

¹⁷⁷ Al respecto el Art. 7 inc. e) de la Decisión 344 prescribía "*No serán patentables: e) Las invenciones relativas a productos farmacéuticos que figuren en la lista de medicamentos esenciales de la Organización Mundial de la Salud*".

“Los críticos del Acuerdo sobre ADPIC sostienen que los largos periodos de protección (20 años para las patentes y otros derechos de propiedad intelectual) recompensan en exceso a los titulares de derechos de propiedad intelectual, y penalizan al público al hacer que el precio del bien protegido se mantenga muy elevado por mucho tiempo [...] puede retardar la propagación de nuevas tecnologías [...] puede también sofocar las iniciativas innovadoras [...] una protección de tipo ADPIC puede trabajar en contra de los objetivos de desarrollo sustentable al hacer que bienes tales como los productos farmacéuticos sean más costosos y menos accesibles para los pobres”¹⁷⁸

Respecto a la explotación efectiva como condición de exclusividad, la Decisión 344 determina que se entenderá por explotación, **también la importación** (Decisión 344 Art. 38; cosa opuesta sucedía en la Decisión 85 ya que la patente no conferiría el derecho de importar el producto patentado o el fabricado por el procedimiento patentado). A nuestro juicio esta prescripción legal, constituye un contrasentido con la concepción de transferencia de tecnología. De la misma forma en la decisión 344, bajo esta misma disposición normativa se derogó aquella regla jurídica de la Decisión 85 que prescribía como causal de licencia obligatoria, la no explotación de la patente.¹⁷⁹

En lo que refiere al régimen de licencias obligatorias por la no explotación, éste se flexibilizó como vimos anteriormente, dado que la importación era considerada explotación y por tanto, dándose este supuesto no había lugar a licencias obligatorias; en cambio, para la concesión de licencias obligatorias se volvió más rígido, puesto que exigía mayores requisitos: por una parte se exigía que haya transcurrido un plazo más largo de no explotar el derecho otorgado¹⁸⁰, quién solicita la licencia debía probar que no era posible obtener una licencia contractual en condiciones razonables y que tiene capacidad técnica y económica para explotar el producto (Art. 42), y la resolución de otorgación de licencia obligatoria debía ser notificada al titular para que haga valer sus argumentaciones (Art. 43). Ahora bien, respecto a las licencias obligatorias por interés público, en la Decisión 344 se disminuyó el margen de maniobra de los países puesto que las licencias obligatorias se redujeron a las razones de interés público, de

¹⁷⁸ M. Uribe: 2005. P. 59.

¹⁷⁹ Así se señalaba que pasados 3 años, existía la facultad de solicitar el otorgamiento de licencia obligatoria para explotar la patente sí: la patente no se hubiera explotado en el país, que haya una suspensión de la explotación por más de un año, que no se satisfaga el mercado nacional en términos de cantidad, calidad o precio y que el titular no haya concedido la patente en condiciones razonables.

¹⁸⁰ 3 años contados a partir de la fecha de expedición de la patente o cuatro años contados a partir de la fecha de solicitud de la patente, sin que el titular de la patente, haya explotado la invención. Además determina una salvedad: la existencia de motivos justificados de la inacción de conformidad con lo establecido en los ordenamientos internos de los Países Miembros, incluyendo fuerza Mayor o caso fortuito. (Art. 42 Decisión 344).

emergencia, o de seguridad nacional, y su duración estaba circunscrita a la eventualidad de que estas razones permanezcan (Art. 46)

En el tema de marcas, la Decisión 344 dispone que “*El registro de una marca tendrá una duración de diez años contados a partir de la fecha de su concesión y podrá renovarse por períodos sucesivos de diez años*” (Art. 98, en este aspecto la decisión 85 sólo establecía un plazo de duración de 5 años), y del mismo modo establece que “*La renovación no exigirá la prueba de uso de la marca y se otorgará de manera automática*” (Art. 99, cosa opuesta sucedía en la decisión 85 que establecía como requisito sine qua non para prorrogar el plazo de concesión demostrar que se está utilizando la marca en cuestión).

2.1.3 Hacia la adecuación del sistema multilateral: decisión 486.

Considerando que la Decisión 344, constituyó un elemento clave para la profundización de la propiedad intelectual, a partir de que permitiera a los Países Miembros, el fortalecimiento de la Propiedad Intelectual mediante la celebración de convenios multilaterales o bilaterales,¹⁸¹ cuestión que como se dijo en algún momento no ocurría hasta entonces debido a la disposición normativa expresa de la Decisión 85 que prohibía la suscripción, de forma unilateral, de convenios internacionales o tratados en materia de propiedad industrial que contravinieran sus disposiciones. Esta situación constituye la base para que los Estados Miembros de la Comunidad Andina pudieran suscribir el Acuerdo sobre Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, en el marco de la Ronda Uruguay, cuya normativa entre sus disposiciones (Art. 11 ADPIC), “*deja en claro que los países Miembros deben aplicar el Acuerdo mediante normas internas de instrumentación*”.¹⁸² Es en este contexto como nace la Decisión 486¹⁸³, normativa que no fue más que una adecuación al ADPIC, por la obligación asumida en dicho acuerdo multilateral y que por lo tanto no puede ser transgredido ni desconocido. Dicha normativa comunitaria se adscribe a la concepción de los países desarrollados que conciben a la propiedad intelectual como un “*instrumento para el desarrollo tecnológico a escala mundial, requiriéndose*

¹⁸¹ Ibíd. Manuel Pachón. P. 26.

¹⁸² Carlos Correa “Acuerdo TRIPs” Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998. Además tal como expresa el autor “*El Acuerdo TRIPs (...) se basa explícitamente en los convenios en materia de propiedad intelectual (...) Por consiguiente, todos los Miembros están obligados a cumplir con las disposiciones sustantivas del Convenio de París sobre propiedad industrial (...) así como también con las disposiciones sustantivas y el Apéndice del Convenio de Berna sobre derechos de autor*”. P 41.

¹⁸³ Entró en vigencia el 1 de diciembre del 2000. Dado que las normas comunitarias tienen carácter vinculante para los Estados Miembros, debían ser modificadas conforme a las normas ADPIC, pues en caso contrario, desde un punto estrictamente jurídico, debían prevalecer las normas comunitarias (ello implicaría de lleno el incumplimiento de las normas ADPIC).

para tal efecto una efectiva protección para los titulares de derechos de propiedad intelectual, tanto a nivel legislativo como a nivel judicial”.¹⁸⁴

Sin duda, la Decisión 486 implicó un contrarreforma del modelo de sustitución de importaciones; ésta Decisión se dio en un contexto de abruptos cambios en el sistema mundial: la caída del comunismo y la disolución del bloque político y económico formado por los países de economía centralmente planificada, la constitución de un sistema económico mundial unipolar (Estados Unidos), y por ende la utilización de sus principales instrumentos - Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional y Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, que en 1994 pasó a ser sustituida por la Organización Mundial de Comercio¹⁸⁵ en la implementación y aplicación de su modelo económico. Implicó un cambio de modelo de desarrollo impulsada por el Consenso de Washington¹⁸⁶.

¹⁸⁴ *Ibíd.* Manuel Pachón. P. 23

¹⁸⁵ Tal como expresa la Corporación de Estudios y Publicaciones *“La apertura de las negociaciones de la Ronda Uruguay coincidió con una tendencia de política –generalizada en la mayoría de los países en desarrollo- hacia a reversión de los procesos de “sustitución de importaciones” que emprendieron en la década de los 60 habían heredado a los países en vías de desarrollo pequeños niveles de diversificación de sus aparatos productivos al mismo tiempo que abultadas deudas externas, déficits fiscales importantes, niveles de ineficiencia incompatibles con el desarrollo mundial, fórmulas reguladoras casi asfixiantes, etc. Tal cambio en la política económica, ahora orientada a la apertura de las economías preconizadas por el nuevo liberalismo económico ideologizado por Friedman, rompía con cierta forma de aislamiento en que habían vivido esos países y los encaminaba hacia una vinculación al GATT, en la seguridad de que los próximos resultados de la Ronda Uruguay les permitiría el acceso a mercados más amplios, bajo condiciones en las que los países desarrollados podrían hacer muy poco para desestimular las exportaciones de productos agrícolas y de algunas manufacturas, procedentes de los primeros, en cuya producción habían alcanzado mejor competitividad internacional”*. (Corporación de Estudios y Publicaciones, La OMC a su alcance, Quito, 1998, P. 18).

¹⁸⁶ Cuando se hace mención al Consenso de Washington automáticamente nos remitimos al paquete de medidas descritas por John Williamson. El término “Consenso de Washington” fue acuñado por John Williamson (1990) como una forma de codificar las políticas de liberalización económica promovidas por las Instituciones Financieras Internacionales, como parte de su estrategia de reformas estructurales (Ocampo, Más allá del Consenso de Washington: una agenda de desarrollo para América Latina). Como bien menciona Luis Carlos Bresser, *“De acuerdo con el enfoque de Washington las causas de la crisis latinoamericana son básicamente dos: (i) El excesivo crecimiento del Estado, traducido en proteccionismo (el modelo de sustitución de importaciones) exceso de regulación y empresas estatales ineficientes y excesivamente numerosas y (ii) el populismo económico, definido por la incapacidad de controlar el déficit público y de mantener bajo control las demandas salariales tanto en el sector privado como en el sector público. A partir de esta evaluación, las reformas de corto plazo deberían combatir el populismo económico, y lograr el equilibrio fiscal y la estabilización. A mediano plazo o estructuralmente, las recomendaciones pasan por adoptar una estrategia de crecimiento “market oriented”, o sea, una estrategia basada en la reducción del tamaño del Estado, en la liberalización del comercio internacional y en la promoción de las exportaciones”* (Luis Carlos Bresser Pereira, La Crisis de América Latina. ¿Consenso de Washington o Crisis Fiscal?). En relación a las reformas, en el manifiesto elaborado por Williamson, se proponen 10 reformas de las políticas económicas: a) disciplina presupuestaria; b) reorientación del gasto público (de áreas menos productivas a sanidad, educación, infraestructura), c) Reforma fiscal (búsqueda de bases imponibles amplias y tipos marginales moderados); d) liberalización financiera (especialmente los tipos de interés); e) establecimiento de tipos de cambio competitivos; f) liberalización comercial; g) liberalización de los flujos de inversión extranjera directa; h) privatizaciones; i) desregulación de la actividad económica y j) garantía de los derechos de propiedad.

Es indudable que las constantes presiones internacionales y fundamentalmente la falta de voluntad política, no permitieron que haya una integración efectiva. Esta situación ha implicado incluso que después de 40 años no se ha podido lograr establecer si quiera una Unión Aduanera.¹⁸⁷

El régimen de propiedad industrial sufrió cambios a partir de la decisión 311 (1991), sustituida posteriormente por la decisión 313 (1992), para sufrir un cambio radical a partir de la decisión 344 (1993), pero donde se consolidó la voluntad de los países industrializados es en la Decisión 486, ya que constituye una adecuación a las normas del ADPIC.

La Decisión 486 (manteniendo lo dispuesto en la Decisión 344) en conformidad con las normas ADPIC (Art. 27 1)) prescribe que las patentes podrán obtenerse para todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, elimina la prohibición de patentar productos.¹⁸⁸ Sin duda alguna, permitir el patentamiento de productos, constituye un riesgo grave para el interés público de los países en desarrollo porque (los altos costos) atentan contra el derecho a la vida y la salud de la población. Si bien es cierto, que es necesario un reconocimiento económico a los titulares de la innovación por el esfuerzo realizado, a fin de incentivar mayor innovación, cuando se contraponen a derechos fundamentales como los de la salud y la vida, deben prevalecer estos últimos.¹⁸⁹

En cuanto a la prescripción legal establecida en las Decisiones 313 y 344 respecto de la prohibición de patentar productos esenciales que figuren en la lista de la Organización Mundial de la Salud, dicho intento de reticencia al patentamiento de productos farmacéuticos no duró mucho tiempo, pues en la decisión 486 se elimina completamente dicha limitación, significando esto la ampliación de protección de patentes a la totalidad de productos farmacéuticos.

El interés de las industrias farmacéuticas por patentar productos, esta dado en el sentido de que estas conceden una protección de exclusividad íntegra. Es más sencillo encontrar una

¹⁸⁷ Edgar Vieira Posada “La formación de espacios regionales en la integración de América Latina”, Convenio Andrés Bello y Universidad Javeriana, Bogotá – Colombia, 2008. P. 124.

¹⁸⁸ Como nos señala Pedro Roffe, “*la exclusión del sector de medicamentos de la patentabilidad es un caso emblemático del cambio producido en décadas recientes. Esta exclusión fue la práctica de muchos países hoy desarrollados que utilizaron como un instrumento de política para desarrollar localmente su industria, quizás con la sola excepción de los Estados Unidos [...] Suiza, por ejemplo, no otorgó protección plena a los medicamentos sino recién en 1978. Francia y Alemania en algún momento estuvieron a la cabeza de excluir los medicamentos y los productos químicos de la protección por patentes (en las leyes de 1844 y 1877, respectivamente)*” P. Roffe y M. Santa Cruz, 2006: P. 14-15.

¹⁸⁹ Así se ha establecido en la Declaración Ministerial de la OMC de Doha, sobre los ADPIC y la Salud Pública de 14 de noviembre de 2001, cuando se señaló que la salud y en particular, la facultad de acceder a los medicamentos, prima sobre los derechos económicos.

síntesis alternativa de un principio activo, situación opuesta con la innovación, pues lograr que un producto tenga novedad, nivel inventivo y aplicación industrial es un reto. Que los países desarrollados permitan el patentamiento de productos, tiene una lógica, pues las industrias farmacéuticas provienen generalmente de aquellos países, además que por su sistema de seguridad social y por el ingreso medio que perciben sus habitantes, les permite acceder a dichos activos químicos, generando por ende que no hay una contraposición con los derechos de la salud y la vida de las personas. En cambio

*“Consideramos que el costo de los productos farmacéuticos es un problema importante para los países en desarrollo, ya que la mayoría de los pobres de estos países deben pagar por sus propias medicinas y lo que el estado proporciona es normalmente selectivo y está limitado por la escasez de recursos” por otra parte “La insuficiencia de la infraestructura de los países en desarrollo es un problema importante y puede hacer que incluso ni se utilicen medicamentos de bajo precio, o que se utilicen incorrectamente, contribuyendo así a la aparición de virus o de agentes patógenos resistentes a los medicamentos”.*¹⁹⁰

Conforme a lo prescrito por el ADPIC la protección conferida por una patente tiene una duración de 20 años contados desde la fecha de presentación de la solicitud. En ese marco, la normativa comunitaria no tuvo más que mantener el plazo de exclusividad del ordenamiento multilateral. A nuestro juicio establecer un plazo prolongado del derecho de patente, es una acción que tiende a inclinar la balanza a favor del titular del derecho, en detrimento de los intereses de la población de los países en desarrollo.

En relación a la explotación como condición de exclusividad, en conformidad con las normas ADPIC, que determina que *“las patentes se podrán obtener y los derechos de patente se podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país”* (y manteniendo la dirección de la Decisión 344) la Decisión 486 entiende también por explotación la importación (Art. 60). Esta disposición normativa es contraria a la transferencia de tecnología, si consideramos que los países en desarrollo son eminentemente adaptadores o importadores de tecnología como instrumentos para asimilar tecnologías. El hecho de que no haya una explotación efectiva, no puede constituir en pretexto para conceder el derecho de importación, pues en ese caso, con el propósito de transferir tecnología, sin problema alguno podría concederse licencias y obtener regalías como contraprestación.

¹⁹⁰ C. Correa: 2006, P. 101.

De la misma forma en lo referente a las licencias obligatorias por la no explotación, mencionar que al igual que la decisión 344, y en conformidad con las normas ADPIC (Art. 31)¹⁹¹ establece que para que éste se dé, debe pasar un plazo prolongado (3 años a partir de la concesión de la patente o de cuatro años contados a partir de la solicitud de la misma, el que resulte mayor), sólo se otorga licencia obligatoria si en el momento de su petición la patente no se hubiere explotado (en el País Miembro donde se solicite la licencia, o si la explotación de la invención hubiere estado suspendida por más de un año). La licencia obligatoria no se concede *“si el titular de la patente justifica su inacción con excusas legítimas, incluyendo razones de fuerza mayor o caso fortuito, de acuerdo con las normas internas de cada País Miembro [y] Sólo se concederá licencia obligatoria cuando quien la solicite hubiere intentado previamente obtener una licencia contractual del titular de la patente, en términos y condiciones comerciales razonables y este intento no hubiere tenido efectos en un plazo prudencial”*¹⁹².

En cuanto a las licencias de interés público, en el marco del sistema multilateral se establecieron condiciones mínimas para licencias obligatorias (Art. 31) que en síntesis son: *“emergencia nacional”, “extrema urgencia”* o *“uso público no comercial”*. Al igual que las normas ADPIC, la Decisión 486 establece que las licencias obligatorias sólo se conceden previa declaratoria por la existencia de razones de interés público, de emergencia o de seguridad nacional y sólo mientras estas razones permanezcan (Art. 65). Sin duda alguna, en virtud de la serie de requisitos y/o condiciones impuestos para el establecimiento de licencias obligatorias, se limita el margen de maniobra de los Estados, ya que para instituir una licencia obligatoria deben limitar su accionar al cumplimiento de los requisitos determinados al efecto.

En lo que refiere a marcas las normas ADPIC establecen que el registro de la marca y sus renovaciones tendrán una duración de no menos de siete años (Art. 18), empero la Decisión 486 (manteniendo lo dispuesto en la Decisión 344) profundiza el período de protección extendiéndola

¹⁹¹ Al respecto Pedro Roffe y Maximiliano Santa Cruz señalan que el artículo 31 se refiere a una de las cuestiones de mayor contenido político del acuerdo, al prescribir 14 condiciones en el caso de que un miembro permita el otorgamiento de licencias. *“Entre estas condiciones destacamos la que obliga a negociar una licencia voluntaria antes de requerir la licencia obligatoria, condición que se puede obviar en casos de emergencia nacional o situaciones anticompetitivas; el hecho que la licencia obligatoria será no exclusiva; que se autorizarán para abastecer “principalmente” el mercado interno; el derecho del titular a recibir una “remuneración adecuada.” La decisión administrativa que otorga la licencia obligatoria siempre debe estar sujeta a revisión, incluida la relativa a la remuneración”*. Fue gracias a la Declaración de Doha que se interpretó con flexibilidad dicho acuerdo, ya que allí se estableció que el acuerdo no interfiere en el derecho de los Miembros de definir las causales para la concesión de las licencias obligatorias. P. Roffe y M. Santa Cruz: 2006, P. 22.

¹⁹² Comunidad Andina, Decisión 486, Art. 61.

a 10 años (Art. 52) De la misma forma se establece que “*a efectos de la renovación no se exigirá prueba de uso de la marca y se renovará de manera automática, en los mismos términos del registro original*” (Art. 53). De esta forma el régimen de marcas se flexibilizó.¹⁹³

La Decisión 486, en conformidad con las normas ADPIC tuvo que otorgar protección a nuevos institutos de Propiedad Intelectual, es el caso de los Esquemas de Trazado¹⁹⁴, instituidos en el ADPIC en los artículos 35-38 y en el ordenamiento comunitario en los artículos 86-105 (Decisión 486). Esta protección a nuestro juicio no está en correspondencia con nuestra realidad, dado que nuestros países andinos, no son productores de tecnología.

Sin duda alguna, el propósito de la estandarización de la Propiedad Intelectual en el marco multilateral (que repercutió exponencialmente en la Comunidad Andina a través de la decisión 486), que va mucho más allá de los convenios internacionales preexistentes, refleja en gran medida el punto de consenso existente entre los países industrializados.¹⁹⁵ De la misma forma, es claro que los países en desarrollo aceptaron la regulación del régimen de Propiedad Intelectual con la esperanza de acceder a mercados de productos y materias primas. Por otra parte, es importante destacar que también hubo presiones por parte de organismos internacionales, tales como la OMPI.¹⁹⁶ De igual manera la industria farmacéutica ha sido, para

¹⁹³ Más allá de que la misma norma establezca que es posible solicitar la cancelación de la marca por no uso, durante los tres años consecutivos precedentes a la fecha en que se inicie la acción (Art. 165 Decisión 486).

¹⁹⁴ Como menciona Carlos Correa (1998 P. 167) “el inicio de la internacionalización del régimen sui generis que tuvo lugar a fin de la década pasada –y que se expresó en el Tratado de Washington-es con el Acuerdo TRIPs que se universalizarán estándares mínimos sobre esta materia”.

¹⁹⁵ C. Correa: 1998, P. 20.

¹⁹⁶ En ese sentido, se han expresado críticas constantes a la OMPI, entre ellos, la Declaración de Ginebra sobre el futuro de la Organización Mundial de propiedad Intelectual, septiembre de 2004 (véase http://www.cibersociedad.net/public/documents/40_idhe.pdf) cuando se critica a la OMPI: “*Como una organización intergubernamental, [...] la OMPI adoptó una cultura de creación y expansión de los privilegios monopólicos, a menudo sin considerar las consecuencias. La continua expansión de estos privilegios y de sus mecanismos de ejecución nos ha conducido a graves costos sociales y económicos, ha obstaculizado y amenazado otros importantes sistemas de creatividad e innovación. La OMPI necesita capacitar a sus miembros para que entiendan las consecuencias sociales y económicas reales de una excesiva protección de la propiedad intelectual y la importancia de alcanzar un balance entre el dominio público y la competencia, por un lado, y la esfera de los derechos de propiedad, por el otro. Las doctrinas de “más es mejor” o “lo poco nunca es bueno” son falsas y peligrosas, han comprometido seriamente la posición de la OMPI, especialmente entre los expertos en políticas de propiedad intelectual. La OMPI debe cambiar*”.

Por otro lado, tenemos 3D Trade Human Rights Equitable Economy (Informe político 2 “Propiedad Intelectual, Desarrollo y Derechos Humanos: Como pueden los Derechos Humanos apoyar propuestas para el establecimiento de un Programa de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, febrero de 2006. véase http://www.3dthree.org/pdf_3D/3DInformPol-OMPI-esp.pdf), cuando advierte que “*se ha criticado a la Secretaría de la OMPI por fomentar las cláusulas ADPIC-Plus, a expensas del desarrollo, en su asistencia técnica y en el establecimiento de normas [...] El establecimiento de normas de la OMPI se ha centrado principalmente en fomentar armonizar internacionalizaciones de protección de la propiedad intelectual. Ese establecimiento de normas, como los tratados que se enmarcan en el Plan de acción de la OMPI sobre patentes y el Programa Digital*

los países desarrollados, uno de los grupos de presión más importantes que defiende la ampliación mundial de los Derechos de la Propiedad Intelectual,¹⁹⁷ porque a mayor protección, mayores ventajas económicas.

Es importante hacer notar que una parte de la doctrina sostiene que *“los más principales impulsos para las modificaciones legislativas no han provenido de las fuerzas productivas, del mundo vinculado a la investigación científica o la actividad académica”*.¹⁹⁸ Desde nuestra perspectiva, en referencia a la afirmación de no intervención de fuerzas productivas, ello es relativo, toda vez que una mayor protección de los derechos de propiedad intelectual, representa mayores beneficios para las industrias y en la medida en que haya una protección que trascienda de la legislación a acciones efectivas, será posible obtener mayores ventajas económicas. Consideramos que esta afirmación alcanzaría a la pequeña y mediana empresa, pues no tendrían una intervención real y representación en el poder público que defienda sus intereses, no así a la gran industria que sí está dotada de estos instrumentos.

Ahora bien, el resultado de las modificaciones en torno a la propiedad industrial, puede ser constatado en las cifras estadísticas a través de los datos que otorgan las oficinas de propiedad intelectual correspondientes, que no son más que un reflejo del efecto que representó los cambios en la Propiedad Intelectual. Debido a la importancia económica de la propiedad industrial, y particularmente del derecho de patentes, nuestro análisis se centrará en ésta área.

de la OMPI sobre patentes y el Programa digital de la OMPI, se ha criticado por promocionar cláusulas ADPIC-Plus, que no tienen en cuenta el nivel de desarrollo de los Estados Miembros de la OMPPI”,

Para una mayor explicación, de las afirmaciones vertidas en torno a las críticas de la OMPI se puede recurrir también al trabajo de Isule Munsungu y Graham Dutfiel, Multilateral agreements and a TRIP-plus world: the World Intellectual Property Organization WIPO, TRIPs Issues Papers 3, 2003.

<http://www.uno.org/geneva/pdf/economic/Issues/Multilateral-Agreements-in-TRIPS-plus-English.pdf>

¹⁹⁷ C. Correa, 2005: P. 97. Y aquello tiene lógica, pues como mencionan los mismos autores “La industria farmacéutica en los países desarrollados depende más de los sistemas de patentes que la mayoría de los otros sectores industriales para recuperar sus costos de I + D, para generar beneficios y para financiar la I + D de otros productos” (P.98). Pero esta situación tampoco puede justificar que fruto del monopolio la concesión del derecho de patente, excedan de manera abrupta en los costos de los medicamentos. No justifica que no se invierta en la investigación de enfermedades que aquejan a los países en desarrollo, solamente porque sea un mercado poco atractivo; no puede justificarse que la industria farmacéutica siempre en cuanto al destino de inversión en Investigación y Desarrollo, esté sujeto estrictamente a criterios comerciales, en función del tamaño de mercado Según la Comisión de Macroeconomía y Salud (2001), *“se estima que tan sólo el 5% del capital mundial destinado a la I + D de productos farmacéuticos se dedica a la investigación de enfermedades que afecten de forma predominante a los países en desarrollo”*. Es claro que las industrias farmacéuticas están basadas en un modelo comercial donde *“la inversión en investigación y generación de beneficios está subordinada a las ventas de unos cuantos productos “estrella”*”, dedican sus esfuerzos y recursos en áreas donde pueden obtener los mayores beneficios a cambio de inversión. (Ibíd. P. 105-112)

¹⁹⁸ Así lo afirma Baldo Kresalja (2003: P. 261) respaldando dicha afirmación en los informes de la CEPAL que siempre dieron un rol central a la iniciativa privada, más aún, decían que la creación de un mercado de naturaleza regional dependerá en gran medida de la iniciativa privada.

Por ejemplo, en las solicitudes de patentes, es claro que en los cuatro países andinos, la tendencia es que las brechas tecnológicas, en vez de disminuir, tienden a ampliarse, implicando en consecuencia que la tan pretendida transferencia de tecnología no se materialice en la realidad fáctica. Podemos observar, en el cuadro que presentamos en el Anexo 5, que las solicitudes de patentes de invención provienen casi en su totalidad del origen extranjero – en porcentaje alcanza aproximadamente al 95%, y solo el remanente estaría en manos de los nacionales de los países miembros de la Comunidad Andina.¹⁹⁹

Esto muestra que el sistema de propiedad intelectual, incluyendo todas las políticas insertas con motivo de la promoción de la innovación, creación, transferencia de tecnología, no ha dado resultados, tal vez, es resultado de la rigurosidad de las exigencias para la concesión del derecho exclusivo, o en su caso debido a la falta de incentivos tales como los fiscales, financieros, institucionales, etc. Sin embargo, debemos reconocer que si bien en el área de patentes no se ha logrado avance alguno, en el área de modelos de utilidad en oposición a la primera, las solicitudes en su mayoría son de origen nacional, llegando a copar más del 80% de solicitudes.

2.2. Régimen de inversiones: su vinculación con la transferencia de tecnología.

Normativa andina relativa a las inversiones bajo la denominación “Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías”

Decisión 24 (1970)	Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías. <i>(Modificada por las Decisiones 37, 37a, 103, 109, 124, 189)</i>
Decisión 220 (1987)	Sustitución de las Decisiones 24 y conexas sobre el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías. <i>(Sustituida por la Decisión 291)</i> <i>Gaceta Oficial No.20 de 18 de mayo de 1987.</i>
Decisión 291 (1991)	Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías. <i>(Sustituye a la Decisión 220; anexo modificado por la Decisión 295)</i> <i>Gaceta Oficial No.80 de 4 de abril de 1991.</i>

¹⁹⁹ La tendencia que ya se advertía en el trabajo realizado por la Junta del Acuerdo de Cartagena en los 70, no se modificó.

Desde un inicio, con la finalidad de que los países andinos no se embarcasen en una guerra entre ellos de conceder incentivos para atraer capital y tecnología externa, que dañara el objetivo del desarrollo armónico y equilibrado de la Comunidad y sólo beneficiara al inversor, se estableció un régimen común del tratamiento de inversiones como complemento de la cooperación industrial regional.²⁰⁰ Pero visto desde el punto de vista de la política de desarrollo, para la Comunidad, conforme al modelo de sustitución de importaciones, el propósito de la decisión 24 fue el desarrollo de la industria andina, y para ello se tenían dos vías: por una parte se pretendía convertir a las empresas extranjeras en firmas nacionales, y se quería también que las industrias regionales no fueran desplazadas por las empresas transnacionales.²⁰¹ Se consideraba que el capital extranjero podía contribuir al desarrollo económico en tanto estimulara la capitalización del país nacional, proporcione instrumentos que faciliten la participación del capital nacional en el mercado ampliado y fortalezca la integración regional.

El régimen común de inversiones extranjeras contemplaba una serie de disposiciones controvertidas en ese momento, empero en conformidad al modelo de desarrollo de Industrialización sustitutiva de importaciones. Entre las principales disposiciones de la Decisión, se pueden señalar: Las inversiones y reinversiones previamente debían ser evaluadas y autorizadas por parte de la Comisión (Art. 2 y 5); Se prohibía que en los contratos de transferencia de tecnología se obligara a comprar bienes de capital, intermedios o materias primas única y exclusivamente de la compañía proveedora o de la que ella indicara (Art. 20); las contribuciones tecnológicas intangibles, no podían computarse como aporte de capital (Art. 21); para poderse beneficiar del mercado ampliado y la libre circulación de mercancías, las empresas extranjeras existentes, debían transformarse en mixtas (51% de capital nacional), es decir, debía darse una nacionalización progresiva de la empresas extranjeras (Art. 28)²⁰²; se prohibía a los países otorgar mayores beneficios a las empresas extranjeras o mixtas en determinadas materias (Art. 33), se limitaba las remesas de utilidades al exterior, con el propósito de forzar su

²⁰⁰ Susana Czar de Zalduendo, “El régimen común andino sobre inversiones extranjeras y transferencia de tecnología: Capítulo final” en *Trasferencia de Tecnología*, Revista de Derecho Industrial, Año 13 enero-abril 1991 N° 37, Buenos Aires, Depalma, 1991. P. 38 Pero también a través del régimen común se buscaba repartir los beneficios de la integración, evitar la duplicación de esfuerzos, tener mayor poder de negociación, tender a la disminución del costo de la tecnología importada, aumentar la capacidad tecnológica local existente.

²⁰¹ Roberto González Arana, “El Pacto Andino (1969 – 1999) un balance a tres décadas de su fundación” P. 130

²⁰² Uno de los principales objetivos de la Decisión 24 fue la transformación progresiva de las empresas extranjeras en mixtas (cuando la participación nacional fuere de entre el 51 y el 80%).

reinversión, favoreciendo de tal forma la expansión industrial y renovación tecnológica,²⁰³ se limitó el campo de acción de la inversión extranjera, pues estaba restringida en determinados sectores: servicios públicos, banca, seguros, transporte interno, publicidad, radio, televisión, comercialización interna; control de endeudamiento externo y tasas de interés en préstamos entre empresas vinculadas, pero además la Comisión podía determinar sectores que los países debían reservar para las empresas nacionales (Art. 38, 41, 42, 43); se establecieron limitaciones al acceso de crédito interno para aquellas empresas calificadas como extranjeras²⁰⁴; para la solución de conflictos se establecía la jurisdicción local, impidiendo por tanto someter las controversias a tribunales distintos de los del país receptor.

Las presiones que llevaron a la necesidad de su reforma tenían elementos endógenos y exógenos. Endógenos, debido a la falta de coherencia política en cuanto a su aplicación, ya que los gobiernos no estaban realmente comprometidos en este tema y quizás porque se percataron que en vez de coadyuvar en el desarrollo, constituiría un freno²⁰⁵; Exógenos: como causa de la caída de los precios internacionales de las materias primas, fundamentalmente del petróleo, y el endeudamiento excesivo y generalizado de los países latinoamericanos que estalló en la crisis de la deuda con el default de México y los subsecuentes programas de ajuste estructural, sumado a las tasas de interés elevado (pues eran flexibles), generó mayor presión por parte de los acreedores, organismos multilaterales de crédito²⁰⁶ y la banca internacional; todos estos hechos implicaron automáticamente un descenso del flujo de inversiones. Estos factores, aunados con la tendencia de liberalización comercial y apertura de la inversión internacional impulsados por la propuesta del Consenso de Washington promovieron más rápidamente la modificación del modelo de desarrollo seguido hasta entonces (ISI). En este contexto se emitió la Decisión 220 de 1987²⁰⁷ a fin de facilitar el ingreso de capitales a la región²⁰⁸. Aunque se continúa con una

²⁰³ La decisión 24 limitaba el giro de utilidades al exterior al 14% anual.

²⁰⁴ El artículo 17 de la Decisión 24 prescribía “*En materia de crédito interno las empresas extranjeras tendrán acceso única y en forma excepcional, al de corto plazo, en los términos del reglamento sobre esta materia dicte la Comisión, a propuesta de la Junta*”. De la misma forma, existían limitaciones respecto del crédito externo para las empresas extranjeras, pues los gobiernos estaban prohibidos de avalar o garantizar directa o indirectamente, operaciones de crédito externo celebradas por las empresas extranjeras, en las que no participare el Estado (Art. 15).

²⁰⁵ B. Kresalja, 2003: P. 243.

²⁰⁶ Los organismos de crédito, desde su creación propugnaban el aperturismo comercial y de inversiones. Como instrumento para sus fines otorgaban crédito bajo condiciones. Para una mejor explicación acerca de los condicionamientos véase Josep Stiglitz, “El malestar de la globalización” Traducción de Carlos Rodríguez Braun. Madrid: Taurus, 2002

²⁰⁷ Como lo hace notar Saskia Portill, la flexibilización de la Decisión 24 con la Decisión 220 se considero como instrumento extemporáneo, por el momento en que pasaban las economías de la región andina: poca solidez en sus

normatividad común para el tratamiento de inversión extranjera, ahora se permite que cada país adopte una normatividad interna con relación a las inversiones externas directas.²⁰⁹

Poco tiempo después, en 1991 se establece la Decisión 291; tres cambios fundamentales se dieron en la mencionada normatividad comunitaria sobre el tema de la inversión: i) desaparece la prohibición de computar como aporte de capital a las contribuciones tecnológicas intangibles, ii) se elimina la autorización previa de los contratos de importación tecnológica, que sólo quedan sujetos a registro, iii) las cláusulas de restricción no están expresamente prohibidas.²¹⁰

Efectivamente, en virtud del artículo 1 se considera como aporte de capital las contribuciones tecnológicas intangibles, tales como marcas, modelos industriales, asistencia técnica y conocimientos patentados o no patentados que puedan presentarse bajo la forma de bienes físicos técnicos e instrucciones (Art.1) y también se permite la capitalización de regalías (Art. 15). Claramente, la Decisión 24 era opuesta a esta prescripción, pues preveía la posibilidad de la sobrevaluación de los aportes, y la eventualidad de generar derechos de giro de capital ficticio o inexistente²¹¹ (en la decisión 220 aún se prohibía computar como aportes de capital las contribuciones tecnológicas intangibles, aunque se admitía la capitalización de regalías).

políticas, dificultades e inestabilidad, aspectos que ahuyentaban a los inversionistas extranjeros. Véase Saskia Portillo “Efecto de las Inversiones Extranjeras directa de España sobre el Comercio de la Comunidad Andina de Naciones” artículo para la revista de Estudios Económicos de Desarrollo Internacional, julio-diciembre, año/vol. 5. Nro. 001, para la Facultad de Económicas Santiago de Compostela de España

²⁰⁸ El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se pronunció al respecto señalando que la Decisión 220 (Proceso No. 2-IP-90. G.O. No. 69 de 11 de octubre de 1990) “*Implicó un viraje fundamental en la política tecnológica subregional, al igual que en el tratamiento a los capitales extranjeros, ya que empieza por reconocer "la importancia de contar con el aporte... de la moderna tecnología extranjera" para que contribuya al desarrollo económico y social de los países de América Latina, y considera, en consecuencia, "que la transferencia de tecnologías extranjeras constituye una contribución necesaria para el desarrollo de los Países Miembros."* El objetivo último de esta política continúa siendo, como en las Decisiones 24 y 84, la de superar la situación de dependencia a fin de obtener, en último término, mejores niveles de vida para los habitantes de la Subregión. Pero se procura ahora, de acuerdo con la nueva Decisión, propiciar el mayor acceso posible a la tecnología moderna, refinando eso sí los controles en beneficio de las empresas nacionales y de la tecnología autóctona”.

²⁰⁹ Roberto González Arana, “El Pacto Andino (1969 – 199) un balance a tres décadas de su fundación” P. 131 Entre ellos, se confiere facultades a las legislaciones nacionales, para regular reinversiones, crédito interno, interés de préstamos entre empresas vinculadas, pago de regalías entre filial y matriz, compra de participación nacional.

²¹⁰ Nosotros seguimos la clasificación utilizada por Susana Czar de Zalduendo (1991, P. 43).

²¹¹ Al respecto Mauricio Guerrero explica: “*El pago por el uso de recursos derivados de la tecnología se realiza en la forma de regalías que se remiten al propietario de tales recursos. El aporte tecnológico intangible puede recibirlo una empresa nacional, una empresa mixta o una empresa extranjera. En el último de los casos, la empresa extranjera receptora puede ser dependiente o independiente del propietario de la tecnología aportada. Cuando existe una relación de dependencia, el precio que se paga por la tecnología se determina libremente dentro del sistema de la sociedad transnacional, como consecuencia de lo cual su monto es generalmente elevadísimo y constituye uno de los principales medios de los que se valen estas empresas para disfrazar beneficios. Normalmente este aporte tecnológico se suele capitalizar, con lo que no sólo se retira su valor, en la mayor parte de los casos fijado arbitrariamente, sino que además, se remiten utilidades al exterior por el uso de ese capital ficticio”* (Mauricio Guerrero, *El régimen común de la inversión extranjera en el Grupo Andino* en Derecho de la Integración

En lo que respecta a la importación de tecnología, desde el inicio se consideró la necesidad de regulación: “1) que no se pactaran estipulaciones que perjudicaran a la empresa receptora ni al desarrollo tecnológico del país huésped; de allí la prohibición de incluir en los contratos las llamadas cláusulas restrictivas; y 2) que existiendo una relación de dependencia entre proveedor y receptor de la tecnología no se encubrieran utilidades como contraprestaciones por esa tecnología, y en consecuencia se vedó el pago de regalías de filial a matriz”.²¹² En virtud de la decisión 291, los organismos nacionales tenían discrecionalidad en relación a la autorización de regalías de empresas vinculadas. Ahora bien en cuanto a la evaluación de los contratos y prohibición de pactar prácticas restrictivas, desaparece la prohibición, no exige su autorización previa; solamente remite a las legislaciones la facultad de tomarlas en consideración, otorgándoles además la facultad de decidir si registrar o no los acuerdos que contengan cláusulas restrictivas. En cuanto a las cláusulas no restrictivas, la Decisión 291 otorga a los países miembros autonomía plena para fijar su política de capital foráneo; por ello, a diferencia de la decisión 24, la Decisión 291, carece de disposiciones de carácter obligatorio, constituyendo por tanto, un cuerpo normativo impregnado de intenciones de buena voluntad.

Conforme prescribe la Decisión 291, los inversionistas extranjeros tienen el derecho a transferir al exterior las utilidades provenientes de su inversión, en los términos de la legislación nacional; así desaparecieron los toques máximos de giro por utilidades.²¹³ El régimen de financiamiento ya sea interno o externo se fue flexibilizando, pues se eliminó toda restricción al respecto, situación opuesta a la decisión 24 que establecía limitantes para el crédito externo, tales como la autorización y registro previo de los créditos externos, como la prohibición de las garantías del Estado en préstamos destinados a empresas; en lo que refiere a créditos internos por parte de las empresas extranjeras, según la Decisión sólo podían acceder a préstamos de corto plazo; dichas restricciones fueron eliminadas en la Decisión 291.

De todo lo dicho hasta ahora, se puede inferir que la evolución normativa en materia de Inversiones Extranjeras en la Comunidad Andina, tuvo una evolución negativa, porque si en

Nº 8, pp. 8 y ss. BID-INTAL, abril de 1971. P. 30). En el mismo sentido, utilizando la terminología de Martín Uribe Arbeláez (2002, P. 155) “Una empresa extranjera con sólo autorizar el uso de una de sus marcas, patente o Know how, la mayoría de las veces de valor dudoso, podía adquirir el control de la fábrica nacional sin desembolsar un solo centavo, contabilizando la licencia contractual como acciones liberatorias de capital”.

²¹² S. Czar: 1991, P. 45.

²¹³ Desaparece el techo anual que ascendía al 20% para las remesas de las utilidades, y que bajo determinados supuestos podía ser ampliado.

algún momento existían normas que intentaban armonizar las legislaciones de todos los Países Miembros, poco a poco se fue disipando, a tal punto que con la Decisión 291 tal intento de aproximación quedó en nada.

2.3. El régimen de Derecho de Autor y Derechos Conexos.

En el marco del Acuerdo de Cartagena de 1969, como vimos, para el cumplimiento de los objetivos propuestos, se establecían diversos mecanismos, entre ellos la armonización de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes para el cumplimiento de los objetivos” (Art. 3 a). A diferencia de las regulaciones normativas en materia de propiedad industrial e inversiones, el derecho de autor y los derechos conexos tuvieron que esperar más tiempo, dado que recién el 17 de diciembre de 1993 se aprueba la Decisión 351, bajo la denominación “Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos”²¹⁴

Los antecedentes de esta decisión pueden ser resumidos de la siguiente forma: La Junta del Acuerdo de Cartagena en 1993, convoca a un grupo de expertos con el propósito de armonizar el ámbito jurídico de derecho de autor y derechos conexos.²¹⁵

Como nos menciona Ana María Pacón

“El grupo de expertos se reunió en septiembre de ese mismo año en Colombia. Existió consenso en que el futuro régimen común debía orientarse a las normas de las, en ese momento, nuevas leyes de derechos de autor de Bolivia, Colombia y Venezuela [país que decide retirarse de la Comunidad Andina en el año 2006] Se quería evitar que el nuevo régimen común generara problemas para los jueces y la administración pública, que iban a verse confrontados en un corto plazo, con una segunda regulación sobre estos temas. De otro lado, el nuevo régimen común no debía denotar grandes diferencias con las entonces antiguas leyes ecuatoriana y peruana. En otras palabras, su aplicación no debía significar para ningún País Miembro un “trauma” en su aplicación. Igualmente, en vista de las experiencias negativas en la región para la aceptación de normas comunes en otras áreas comerciales e industriales, se decidió que el nuevo régimen común, no fuera demasiado ambicioso. En definitiva, lo que se buscó fue desarrollar una

²¹⁴ Como nos hacen notar Ricardo Antequera Parilli y Marisol Fereyros Castañeda, la importancia del derecho de autor y los derechos conexos, al igual que en la propiedad industrial radica, en que “todo proceso de integración implica la eliminación, entre otras, de las “barreras técnicas”, constituidas por legislaciones nacionales concurrentes en la misma materia, cuando contienen disposiciones divergentes y crean distorsiones para alcanzar la meta de la libre circulación de bienes y servicios [...] Y a tales factores se agregan, por un lado, los aspectos de integración cultural y de desarrollo tecnológico que también forman parte de todo proceso comunitario; y por el otro, la enorme importancia económica que tienen hoy las actividades empresariales vinculadas a la “Propiedad Intelectual””. Ricardo Antequera Parilli y Marisol Ferreyros Castañeda, “El nuevo Derecho de autor en el Perú”, Lima, Perú Reporting, 1996, P. 33-34.

²¹⁵ Ana María Pacón “La protección del Derecho de Autor en la Comunidad Andina” en Pontificia Universidad Católica del Perú, Derecho Comunitario Andino, Lima, Fondo Editorial de la Universidad Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, P. 300

protección mínima, basada en principios modernos y que sirviera de impulso para incrementar a nivel nacional la protección de los derechos de autor y derechos conexos”²¹⁶

Las legislaciones andinas recientes en materia de derecho de autor y derechos conexos recientemente dictadas eran las siguientes: Bolivia (Ley N° 1.322 del 13 de abril de 1992), y Venezuela (14 de agosto de 1993) y Colombia se dictó pocos días después de la Decisión 351 (Ley 98 del 22 de diciembre 1993), en cambio, constituían de larga data las de Perú (1961) y Ecuador (1976) por ello, posteriormente dictaron nuevas leyes (Perú: 1996 y Ecuador 1998) con motivo de la adecuación correspondiente (ej. se incorporaron los derechos conexos).

Como nos advierte Antequera Parilli, en lo relativo a las normas comunitarias andinas en materia de propiedad intelectual que abarca al derecho de autor y derechos conexos (y también incluye a la propiedad industrial), se trata de instrumentos que contienen un régimen común, ello tiene una particular importancia en el caso de la decisión 351, que contiene un Régimen sobre Derecho de autor y Derechos Conexos, por tanto, nos indica que se trata de *“una normativa básica que debe ser obligatoriamente compartida por todos los países miembros, aplicada directamente a cada uno de ellos, sin perjuicio de que los mismos puedan a través de sus legislaciones nacionales complementar o aumentar la protección prevista en dicho régimen común, siempre que esas normas internas no entren en conflicto con la norma comunitaria, por ejemplo, si contradicen sus disposiciones, limitan su alcance o reducen sus niveles de protección”²¹⁷.*

Ahora bien, la decisión 351, constituye un moderno sistema de protección de los derechos de autor y derechos conexos. De esta forma, contempla aspectos relacionados con los derechos de autor, derechos conexos, sociedades de gestión colectiva, programas de ordenador o software, base de datos, normas de procedimiento, normas de observancia, normas sancionatorias.

En los siguientes párrafos consideraremos principalmente el software, por su mayor repercusión en la innovación y transferencia tecnológica.

En el ordenamiento jurídico andino, el régimen de software o programas de ordenador^{218,219} forma parte del derecho de autor²²⁰, dicha posición ya estaba prevista en la

²¹⁶ A. Pacón: 2003, P. 300.

²¹⁷ Ricardo Antequera Parilli, Estudios de Derecho de autor y derechos afines, Madrid, Fundación Aisge, 2007, P. 213.

²¹⁸ En la concepción comunitaria, el software es entendido como *“Expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura*

Decisión 311 cuando no se consideraba como invención al software (Art. 6 inc. b)), hasta llegar a la Decisión 486, donde se mantiene tal resolución, impidiendo de esta forma patentar algoritmos, pero al mismo tiempo permitiendo su patentamiento en el caso de programas incorporados a un invento (Decisión 486 Art. 15 inc. c)).

Por ser resultado de un proceso creativo, adquiere en su forma elementos de originalidad, que lo diferencian de cualquier otro diseño anterior, incluso si ambos se dirigen a cumplir la misma función o en su caso obtener igual resultado. Dicha originalidad se refleja, por ejemplo, en el aprovechamiento de la memoria, facilidad de comunicación con el usuario, eficacia en el desempeño de funciones, modalidades, de comandos, etc.²²¹

Lo que se protege a través del software es su forma de expresión, por tanto no son las instrucciones en sí mismas (Art. 7 Decisión 351), puesto que las instrucciones por sí solas no

automatizada, es capaz de hacer que un ordenador -un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones-, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso” (Art. 3 Decisión 351).

²¹⁹ En cuanto a la importancia del software *“es fundamental observar la directa influencia que este ejerce en el aspecto social, al permitir mejorar el nivel de desarrollo y acceso a la educación, proporcionando herramientas adecuadas para la realización de trabajos de cualquier naturaleza, desde sencillas labores escolares, hasta las más complejas tareas científicas” (Manuel Guerrero Gaitán, “El software libre y su impacto en las economías latinoamericanas” en La Propiedad Inmaterial, Bogotá, Revista de la Universidad Externado de Colombia, Número 6, Primer Semestre 2003, P. 69). Sin duda, como hace mención el autor, el software hoy es uno de los bienes inmateriales de mayor importancia a nivel mundial, dado que no sólo constituye una producción del intelecto humano de altísima complejidad, que exige calidades especiales en su diseño por parte de sus autores, sino por su carácter instrumental, porque en un sinnúmero de actividades, es una de las principales herramientas de trabajo.*

²²⁰ Es completamente atinado dejar claro que en la Comunidad Andina los programas y los métodos de negocios no serán patentables. Se considera que este camino (patentamiento del software puro) no es aconsejable: *“En particular, la industria del ramo es un caso extremo de innovación acumulativa mediante ingeniería reversa, de acuerdo con la cual una patente puede inhibir las innovaciones subsecuentes. Además, existe el riesgo de que se establezcan requisitos poco exigentes en materia de originalidad, facilitando el otorgamiento de patentes de programas de escasa importancia y generando una maraña legal que facilita los juicios oportunistas [...] No menos grave es el hecho de que las patentes de software podrían desalentar el desarrollo de programas libres y de código abierto, que constituye una importante oportunidad de negocios para los países de la región” (A. Díaz, 2008: P. 211-21). Debemos advertir que si bien esta es la posición de países en desarrollo como los andinos, en los países desarrollados hay dos enfoques: el enfoque europeo y el enfoque de Estados Unidos; en cuanto al primero, ha adoptado la *“doctrina de las invenciones implementadas mediante un computador (computer implemented inventions), lo cual quiere decir que acepta que se patente el software siempre y cuando utilicen medios técnicos para lograr efectos técnicos” (Ibíd. P. 169); es decir, se acepta patentar software, que procesan datos físicos (ej. parámetros de control de procesos industriales) y que afectan la forma de operar un computador (ej. ahorro de memoria, incremento de velocidad de procesamiento, velocidad en la transferencia de datos). Empero, la definición europea excluye a los programas propiamente dichos, esto es, aquellos que resuelven problemas económicos o de métodos de negocios sin cumplir con el requisito de utilizar medios técnicos para solucionar problemas técnicos. Por otra parte, bajo el enfoque estadounidense a diferencia de la Unión Europea, decidió permitir que se patentara el software, aunque constituya un método de negocio. En este sentido, para la Oficina de Patentes y Marcas Registradas de Estados Unidos, una patente de software *“es aquella que contiene una figura, función o proceso integrado en un programa de computación que se ejecuta mediante un computador. Sobre la base de esta definición general, se han patentado varios tipos de software: sistemas y aplicaciones tales como los programas de negocios (business software), los programas interactivos de usuarios y los programas de experto” (Ibíd. P. 170).***

²²¹ R. Antequera y M. Ferreyros: 1996, P. 219.

pueden ser objeto de protección. Este es el principal motivo por el que, en algunos países, se propugna que el software sea también protegido por el derecho de patentes, y de esta forma la protección se extiende al producto de la invención, esto es, la solución técnica inventada para resolver un problema determinado (bajo esta noción no es posible proteger a terceros que desarrollen por sí mismos la misma solución),²²² así se nos aclara que cuando se trata de programas incorporados a un invento, incluidos los equipos, se permiten las patentes de software en todos los países desarrollados, pero cuando se trata de programas puros o propiamente tales (vinculados con métodos de negocios o aplicaciones de internet), algunos países como Estados Unidos, Japón (la Unión Europea decidió rechazarlas) permiten que se patenten este tipo de software.²²³ Al respecto el ADPIC, si bien nos señala que “los programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto, serán protegidos como obras literarias” (ADPIC, Art. 10), Sin embargo, al respecto se menciona que “*bajo el Acuerdo ADPIC, los programas informáticos reúnen ahora las condiciones necesarias para ser protegidos por derechos de autor como una obra literaria y para otras formas de protección de la PI, incluidas las patentes en algunas naciones*”.²²⁴ Desde nuestra óptica, el criterio utilizado en nuestra legislación comunitaria es positivo, ya que mediante su regulación permite realizar ingeniería inversa de software, pues no está prohibida, de esta forma los países andinos tienen la posibilidad de que a través de la ingeniería reversa por medios legales para la adaptación de los programas de software lograr el desarrollo de la industria local.²²⁵

2.4. Conocimientos tradicionales, folclore y recursos genéticos.²²⁶

Como lo señalan Elizabeth Salmón Gárate y Erick Acuña Pereda “*Resulta crucial superar una serie de problemas que configuran el conocimiento indígena; a saber: definir el objetivo de la política de protección, el objeto a proteger, los criterios que el objeto debe reunir para ser protegido, identificar quienes serán los titulares de los derechos en tanto pueden existir dos o más pueblos indígenas, la forma de adquirirlos, los medios para hacerlos cumplir, etc.*”.²²⁷

²²² A. Pacón: 2003, P. 308.

²²³ A. Díaz: 2008, P. 168

²²⁴ C. Correa y otros: 2005, P. 265.

²²⁵ Jacqueline Abarza Jorge Katz, Los Derechos de Propiedad Intelectual en el mundo de la OMC, Santiago de Chile, Naciones Unidas, 2000, P. 24.

²²⁶ Por su importancia en las políticas de desarrollo, consideramos que el Régimen de recursos genéticos, regulado por la Decisión 391 sea tratado en este ámbito.

²²⁷ Elizabeth Salmón Gárate y Erick Acuña Pereda, 2009: P. 287. Tal como señala el Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe su regulación se justificaría, por lo siguiente: “*La idea de proteger los conocimientos tradicionales y el folclor obedece a razones como las siguientes: • Comprensión que terceros se están beneficiando*

El Convenio de Diversidad Biológica, hasta ahora no ha podido ser implementado a cabalidad, por lo que existe un constante reclamo por parte de los países en desarrollo megadiversos por el otorgamiento de patentes o derechos de obtentor sobre invenciones o variedades que involucran recursos genéticos.²²⁸

En el ámbito regional andino, en lo que refiere a los recursos genéticos y conocimientos tradicionales tenemos 6 normas comunitarias, empero, tienen particular importancia para el tema que estamos tratando las decisiones 391 (Régimen común sobre el Acceso a los Recursos genéticos) y 486 (Régimen de Propiedad Industrial)

**NORMATIVIDAD ANDINA RELATIVA AL ACCESO A LOS RECURSOS GENETICOS
Y LA PROTECCION DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES**

Decisión 674 (2007)	Consejo Consultivo de los Pueblos Indígenas de la CAN
Decisión 596 (2004)	Creación del Consejo de Ministros del Medio Ambiente y Desarrollo sostenible de la CAN
Decisión 523 (2002)	Estrategia Regional de Biodiversidad
Decisión 435 (1998)	Creación del Comité Andino de Autoridades Ambientales
Decisión 391 (1996)	Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos
Decisión 345 (1993)	Protección de los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales
Decisión 182 (1983)	Sistema Andino "José Celestino Mutis" sobre Agricultura, Seguridad Alimentaria y Conservación del Ambiente

Fuente: Página Web de la CAN

Entre los aspectos contemplados en la Decisión 391 cabe destacar que: i) Se establece que los países Miembros desarrollarán legislación complementaria; ii) Reconoce los derechos y la facultad para decidir de los pueblos indígenas sobre sus conocimientos tradicionales vinculados a los recursos genéticos y sus productos derivados; iii) Establece un procedimiento para el acceso a los recursos genéticos²²⁹; iv); Señala que el contrato de acceso tendrá en cuenta los derechos e intereses de los proveedores de los recursos genéticos y de sus productos derivados, de los recursos biológicos que lo contengan y del componente intangible, en

sin reconocimiento, consentimiento previo, ni compensación a los indígenas e innovadores y creadores locales. • Dichos conocimientos están siendo explotados y privatizados a través de prácticas como la "biopiratería" y el acceso y uso ilegal de los conocimientos tradicionales. • Inequitativo e injusto acceso y uso de la biodiversidad y los recursos genéticos conectados con conocimientos tradicionales." SELA: La protección de los conocimientos tradicionales... 4.

²²⁸ Pamela Ferro, 2009: P. 299

²²⁹ Decisión 391, art. 16. "Todo procedimiento de acceso requerirá de la presentación, admisión, publicación y aprobación de una solicitud, de la suscripción de un contrato, de la emisión y publicación de la correspondiente Resolución y del registro declarativo de los actos vinculados con dicho acceso".

concordancia con los contratos correspondientes; v) Dispone la incorporación de un anexo al contrato de acceso, donde se prevea la distribución justa y equitativa de los beneficios; y vi) prevé la elaboración de un régimen especial o una norma de armonización, según corresponda, orientada a fortalecer la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales.

Es necesario hacer notar que existen críticas en torno a la decisión 391, en cuanto a que se concibe como un procedimiento de acceso que involucra a un sistema contractual aun más complicado, se la tacha además de régimen engorroso que puede resultar muy confuso no solo para los usuarios de los recursos genéticos, sino por parte de las mismos titulares de los recursos²³⁰. Pero más allá de lo jurídico, también se puede señalar que la aplicación de la Decisión tiene limitantes, relacionadas con: “i) *la débil capacidad institucional para la toma de decisiones sobre acceso a los recursos genéticos; ii) la existencia de ambigüedades en el texto de la Decisión, iii) la existencia de procedimientos costosos y no competitivos; iv) complejidad en el sistema de contratación; y v) la ausencia de interpretaciones uniformes sobre el alcance de sus disposiciones*”²³¹

Por otro lado, tenemos a la Decisión 486 que determina que los países miembros salvaguardarán los recursos biológicos y genéticos, así como los conocimientos tradicionales, asimismo prescribe que “*la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de material obtenido de dicho patrimonio o dichos conocimientos estará supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional*” (Art. 3). La solicitud de patente se presentará ante la oficina nacional competente y para la otorgación de exclusividad, tiene la obligación de adjuntar “*copia del contrato de acceso*”, “*copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los*

²³⁰ Pamela Ferro, 2009: P. 300. La afirmación de la mencionada autora se sustenta en el siguiente argumento “*Esto se debe por la “dualidad de derechos” que existe cuando hablamos de recursos genéticos. En efecto, legalmente los recursos genéticos son considerados entidades distintas de los recursos biológicos que los contienen (entendidos estos últimos como la totalidad de elementos que conforman un organismo vivo). Por tanto, pueden coexistir paralelamente atribuciones y derechos (mientras el Estado ejerce el dominio y soberanía sobre los recursos genéticos, también los participantes pueden tener un derecho real sobre el recurso biológico que lo contiene – la propiedad, la posesión, el usufructo, el arrendamiento, una concesión, etc.) Ambos recursos (biológico y genético) permanecen inextricablemente unidos mientras no hayan sido aislados en un laboratorio. En atención a estas circunstancias es que la Decisión 391 dispone que el acceso a los recursos genéticos debe ser negociado directamente con el Estado en cuya jurisdicción se encuentran (a través de la autoridad nacional competente), pero a su vez el solicitante debe negociar con el titular de los derechos que existan sobre los recursos biológicos que los contienen, pues será éste último quien los provea físicamente*”.

²³¹ CONPES, 2008: P. 27.

conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales de los Países Miembros”, “*el certificado de depósito del material biológico*” y “*copia del documento en el que conste la cesión del derecho a la patente del inventor al solicitante o su causante*” (Art. 26).

Infiriendo del desarrollo normativo de los países, parece ser que el único país que está avanzando en cuanto al resguardo de los recursos genéticos así como los conocimientos tradicionales es Perú²³², que en agosto de 2002 promulgó la ley 27.811 que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos, de esta forma posee un marco legal explícito que da protección tanto a los conocimientos tradicionales como a la diversidad biológica y recientemente estableció el Reglamento de Acceso a los recursos genéticos.²³³ Pese a ello, ahora dicho país, después de haber formulado sus leyes respectivas, se enfrenta con el problema de hacerlas cumplir, considerando los casos de biopiratería que se han producido.²³⁴

Desde nuestro punto de vista, fundamentalmente en el caso de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales, tomando en cuenta las limitaciones económicas, financieras, humanas e institucionales de los países en desarrollo, el escenario ideal para regularlos y garantizar su aplicación es el sistema multilateral, que hasta ahora es motivo de frustración para dichos países, en particular para los andinos²³⁵, por los pocos avances o resultados de los diversos instrumentos legales²³⁶, y de esta forma evitar el saqueo constante de nuestras riquezas (con particular relevancia evitar la proliferación de biopiratería).

²³² En Colombia, el mismo Consejo nacional de Política Económica y Social “*se plantea el reto de garantizar los derechos colectivos y de regular los procedimientos para el acceso a los conocimientos, innovaciones y prácticas consuetudinarias de comunidades indígenas, afrocolombianas, raizales, locales [...] en materia de conocimientos tradicionales es necesario un desarrollo normativo que armonice las disposiciones legales vigentes y desarrolle los mecanismos específicos sobre esta materia a nivel nacional*”. Aunque tampoco debemos obviar cierto avance institucional a partir de 2007 ya que implementó el “*Sistema de Calidad de la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites del Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial*”, situación que permitió agilizar y unificar los trámites para el otorgamiento de contratos de accesos a recursos genéticos (CONPES, 2008: P. 25 y 27); no obstante, desde nuestro punto de vista si bien este avance institucional constituye un progreso, es insuficiente para garantizar los derechos de los titulares de los conocimientos ancestrales o recursos biológicos.

²³³ Resolución Ministerial 087-2008-MINAM, publicada el 18 de enero de 2009.

²³⁴ G. Ferrero: 2005, P. 187.

²³⁵ Un ejemplo claro es Colombia que como lo menciona Martín Uribe (2005: P. 271) “*La aplicación práctica de la Decisión 391 de 1996 ha sido poca o ninguna. No se conoce una negociación seria de bioprospección y aprovechamiento de los inmensos recursos genéticos con que cuenta el país*”.

²³⁶ Para mayor información acerca de los distintos convenios, foros e iniciativas en relación a los conocimientos tradicionales y recursos ver: SELA, La protección de los conocimientos tradicionales, las expresiones culturales

Ahora bien, yendo a la misma naturaleza de la protección de los conocimientos tradicionales, para muchos ha quedado evidenciado que los sistemas clásicos de propiedad intelectual, (patentes de invención, sistemas para la protección de variedades vegetales), no son los más adecuados para garantizar los derechos de las comunidades étnicas. En varios países como Costa Rica, la India y el Perú, entre otros, se han adoptado mecanismos sui generis, cuyo objetivo principal es el de promover el reconocimiento, protección y promoción de los derechos de las comunidades autóctonas en los diversos países, extendiendo la protección a los recursos biológicos relacionados con los conocimientos tradicionales. Dicho cambio de naturaleza, tiene variedad de motivos, como que la utilización de los sistemas de protección actuales dificultaría la protección de los conocimientos tradicionales, ya que implicarían inexcusablemente una erogación importante de dinero de los pueblos indígenas o comunidades autóctonas del cual en la mayoría de los casos carecen. La segunda motivación es que aun si se contara con los recursos suficientes para sufragar los gastos necesarios para la defensa de los conocimientos tradicionales frente a los intereses de las empresas multinacionales, los países desarrollados como Estados Unidos continuarían promoviendo su patentamiento, lo cual daría lugar a la legitimidad de la llamada biopiratería.²³⁷

De la misma forma a nivel andino, el Grupo de Expertos Indígenas sobre Biodiversidad y Conocimientos Tradicionales de la CAN, insertó una recomendación en el sentido de que por las características de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales, para su protección se decida ir por los sistemas propios y ancestrales de los pueblos indígenas, permitiendo así que las comunidades tengan una mayor consolidación de sus estructuras tradicionales internas.²³⁸

El por qué de tanto interés, pero también de su poco avance en los distintos escenarios: local, regional y multilateral puede ser explicado, como lo menciona Rodrigo de la Cruz, por los distintos intereses que hay sobre ella y sobretodo de actores externos que han medrado injustamente de los beneficios que otorgan los conocimientos tradicionales, Pero además,

“La explicación está también en que, por ejemplo, los bioprospectores y las empresas farmacéuticas tienen un interés particular para acceder a los conocimientos tradicionales, por la enorme reducción en tiempo y en dinero para sus investigaciones biológicas. Pues, se ha dicho que cuando una investigación se hace al

tradicionales (folclor) y los recursos genéticos conexos: Enfoque desde el SELA, 2009, Caracas; Rodrigo de la Cruz, Conocimientos Tradicionales, Biodiversidad y Derechos de Propiedad Intelectual – Patentes, 2007.

²³⁷ Ibíd. Gonzalo Ferrero Diez Canseco P. 182

²³⁸ Esta recomendación se la hizo en el marco de “Elementos para la protección de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena” Mayo de 2005.

azar, debe efectuarse un análisis de unas 10 mil muestras para encontrar una que sea susceptible para entrar en el mercado. Un laboratorio moderno puede analizar unas 150 mil muestras por año, no obstante, cuando consultan a los indígenas, los especialistas en prospección biológica pueden aumentar sus probabilidades de éxito desde una muestra de cada 10.000 hasta una de cada dos. Entonces, si se prueba que tres comunidades diferentes están usando con fines medicinales el mismo tipo de planta, por ejemplo, Shaman Pharmaceuticals, recoge la planta para estudiarla cuidadosamente”²³⁹.

2.5. Obtentores vegetales: Decisión 345.

En 1993 se aprueba la Decisión 345 que establece el “*Régimen Común de Protección de los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales*”, cuya finalidad es reconocer y otorgar protección²⁴⁰ a quien logre obtener una nueva variedad vegetal, a través de un Certificado; estableciendo como supuestos para acceder a dicha protección su novedad, distintividad, homogeneidad y estabilidad²⁴¹ (los que hacen que se diferencie de las patentes).

No cabe duda de que la Decisión 345, no fue más que un reflejo del Convenio de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV) de 1991²⁴², aunque difiere de él en una serie de puntos. Anticipadamente debemos señalar que la Decisión 345

²³⁹ Rodrigo de la Cruz, Conocimientos Tradicionales, Biodiversidad y Derechos de Propiedad Intelectual – Patentes, P. 5, 10-10-09, en http://www.docentes.unal.edu.co/gmemogas/docs/10_Cruz_tr.pdf

El mismo autor amplía su trabajo e identifica los sectores principales interesados en los conocimientos tradicionales: “La siguiente descripción de los diferentes actores interesados a los conocimientos tradicionales, nos corrobora con el análisis y la reflexión efectuada: La Bio-Industria busca productos derivados de la biodiversidad, sobre todo las empresas naturistas, farmacéuticas, alimenticias, cosméticas y de investigación de nuevos materiales biológicos. La industria fitomejoradora tiene especial interés en identificar y acceder a prácticas tradicionales de fitomejoramiento, variedades criollas y parientes silvestres de las especies cultivadas. La industria extractiva se apoya en el conocimiento tradicional para identificar recursos naturales de alto valor comercial, también lo utilizan en los estudios de impacto ambiental para las actividades de prospección y explotación de los recursos naturales. La industria del diseño tiene interés por todos aquellos diseños y pinturas naturales usados por los pueblos indígenas. La industria cultural, sobre todo la industria fotográfica, filmica, literaria y discográfica, también está interesada en tener acceso a estos conocimientos. La industria turística, en el campo del etnoturismo, tiene especial interés en el conocimiento de prácticas tradicionales como ritos y ceremonias, así como en la identificación de lugares escénicos. Existe además un interés en el conocimiento de plantas maestras y/o psicotrópicas utilizadas por los shamanes para obtener estados de éxtasis”. (P. 5)

²⁴⁰ La Decisión 345 en su artículo 21, regula el plazo de protección, al establecer que “El término de duración del certificado de obtentor será de 20 a 25 años para el caso de las vides, árboles forestales, árboles frutales incluidos sus portainjertos y, de 15 a 20 años para las demás especies, contados a partir de la fecha de su otorgamiento, según lo determine la autoridad nacional competente”.

²⁴¹ Decisión 345 Art. 4. Según el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en la Interpretación Prejudicial que realiza (3-IP-2009 G.O. 1756 de 18 de septiembre de 2009), se establece que además de los requisitos arriba mencionados, “debe, adicionalmente, poseer una denominación adecuada”. Sobre la definición de cada uno de los requisitos para acceder a la exclusividad de la variedad vegetal, véase el Artículo 1 de la Decisión 391, además de las interpretaciones correspondientes en función de dichos conceptos, emitidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: 1-IP-96 G.O. 257 de 14 de abril de 1997 y la interpretación 3-IP-2009.

²⁴² Aunque curiosamente, debemos hacer notar que hasta ese momento, ninguno de nuestros países formaba parte de dicho acuerdo.

reduce ampliamente las posibilidades de garantizar los intereses de los países andinos con especial referencia a los pueblos y comunidades campesinas, indígenas y/u originarias, como se verá más adelante.

Una primera observación, y tal vez la más importante, por sus repercusiones es la prescrita en el artículo 4 que explícitamente señala que se otorgará certificado de obtentor a las personas que hayan creado variedades vegetales, sin embargo, hace la precisión de que por creación se entiende la obtención de una nueva variedad mediante la aplicación de conocimientos científicos. Este criterio como advierte *Brendan Tobin* “*podría eventualmente excluir del ámbito de protección a miles de variedades creadas y desarrolladas a partir de técnicas tradicionales. Ello dependerá del contenido que se pretenda dar al término «conocimiento científico», y de la conciencia que tenga o no el poseedor de este conocimiento respecto de su naturaleza científica*”.²⁴³ Si esto sucede, sería un desconocimiento inexcusable del progreso técnico tradicional, que se producía en el pasado “*mediante el proceso de experimentación, adaptación en las granjas de variedades locales de sus cultivos*”.²⁴⁴ Ello implicaría desde nuestro punto de vista, no reconocer a quienes mejoran variedades vegetales utilizando los conocimientos y técnicas tradicionales, es decir, a los propios agricultores y fitomejoradores andinos, como expresa Jorge Cayllaux Zazzali, “*Si existe alguna "ventaja comparativa" que lleve a los países andinos (todos ellos también amazónicos) a contar con un sistema de protección de derechos de propiedad es, precisamente, la existencia de poblaciones indígenas y ecosistemas altamente diversos, cuyos aportes milenarios a la agricultura mundial siempre fueron incondicionales*”.²⁴⁵ Pero además, se considera que para adecuarse a los requisitos establecidos para la otorgación del Certificado de obtentor vegetal no sólo se logra mediante técnicas desarrolladas científicamente por cuanto los agricultores han logrado adecuarse a estos criterios desde hace siglos. De la misma forma es cuestionable, la decisión 345 en cuanto excluye del ámbito de protección a los descubrimientos; esto, desde nuestro punto de vista, es completamente criticable, por dos razones fundamentales: primero, ello si es completamente permitido en la UPOV²⁴⁶ (Convenio hecho en

²⁴³ *Brendan Tobin* “El problema del acceso y de los derechos de propiedad intelectual sobre la diversidad biológica”, P. 559, 10-10-09

http://www.sepia.org.pe/_data/archivos/20080903040720_Brendan_Tobin_el_problema_del_accseco....pdf

²⁴⁴ C. Correa, 2005: P. 174.

²⁴⁵ Jorge Cayllaux Zazzali, “Biodiversidad y derechos de propiedad intelectual en el sistema jurídico del Perú” Consultor del Proyecto RLA/92/G 32 1994, 10-10-09, en

<http://www.prodiversitas.bioetica.org/nota16-5.htm>

²⁴⁶ La definición de obtentor en el Convenio UPOV incluye a la persona que crea o descubre una variedad vegetal

función de los países industrializados), y en segundo lugar, porque la mayor riqueza en cuanto ecosistemas están en nuestros países.

Un gran acierto que debemos reconocer en la Decisión 345 es el relativo a la “*excepción del agricultor*”²⁴⁷ a los derechos exclusivos otorgados mediante certificado de obtentor que consiste en que “*No lesiona el derecho de obtentor quien reserve y siembre para su propio uso, o venda como materia prima o alimento el producto obtenido del cultivo de la variedad protegida*” (Art. 26). Esto implica el reconocimiento de nuestra realidad, ya que en los países en desarrollo incluyendo los nuestros, “*la mayoría de los agricultores reutilizan, intercambian o venden las semillas de manera informal a sus vecinos, y en la mayoría de éstos países es relativamente raro comprar anualmente semillas*”.²⁴⁸ En este sentido reconocemos el acierto, ya que “*mal podría el derecho de obtentor prohibir esta costumbre de paisanaje y mucho menos pretender la exclusividad a los frutos que se cosechen con la nueva variedad*”²⁴⁹.

Un tercer aspecto, que nos parece fundamental analizar es el relativo a las variedades esenciales derivadas²⁵⁰, contempladas por la Decisión 345, en su artículo 24, que confiere la facultad de impedir que terceros realicen actos sin el consentimiento del titular de la obtención vegetal, y cuyo derecho se extendería a variedades esencialmente derivadas²⁵¹; así “*el obtentor de la variedad inicial puede impedir que el obtentor de la variedad esencialmente derivada realice los actos enunciados que confiere el certificado de obtentor, tanto sobre la variedad inicial, como sobre la esencialmente derivada*”.²⁵² Ahora bien, considerando la realidad económica y social de nuestros países, dicha normativa puede representar un riesgo, ya que

²⁴⁷ Figura jurídica utilizada por Carlos Correa (Carlos Correa, “El Convenio UPOV 1991. Una perspectiva latinoamericana”, en Carlos Correa (Comp.), Propiedad Intelectual en Iberoamérica, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001, P. 148.)

²⁴⁸ *Ibíd.* P. 164.

²⁴⁹ M. Uribe, 2002: P. 244.

²⁵⁰ El Artículo 3 de la Decisión 345 la define de la siguiente forma “*Se considerará esencialmente derivada de una variedad inicial, aquella que se origine de ésta o de una variedad que a su vez se desprenda principalmente de la primera, conservando las expresiones de los caracteres esenciales que resulten del genotipo o de la combinación de genotipos de la variedad original, y aun, si se puede distinguir claramente de la inicial, concuerda con ésta en la expresión de los caracteres esenciales resultantes del genotipo o de la combinación de genotipos de la primera variedad, salvo por lo que respecta a las diferencias resultantes del proceso de derivación*”.

²⁵¹ En el mismo sentido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se ha pronunciado (IP-03-09), manifestando que “*El derecho conferido al obtentor se extiende a las Variedades Esencialmente Derivadas, en los términos previstos en la Decisión 345 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, cuando en el artículo 24 establece que el derecho de obtentor se extiende a las variedades que no se distingan claramente de la variedad protegida, es decir que, “para que una variedad que no se distinga claramente pueda ser comercializada, debe contar con la autorización del titular del derecho de obtentor de la variedad respecto de la cual no se distingue claramente”*”

²⁵² Carlos Correa, “El Convenio UPOV 1991. Una perspectiva latinoamericana”, en Carlos Correa (Comp.), Propiedad Intelectual en Iberoamérica, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001, P. 146.

“limitaría la posibilidad embrionaria de la industria biotecnológica nacional de crear variedades significativamente distintas de las protegidas, que a su vez son desarrollados principalmente en los países industrializados. Esto restringiría al país de oportunidades para crear variedades, libre del pago de regalías, mermando ostensiblemente las posibilidades de desarrollo de la industria biotecnológica nacional”²⁵³.

Un último elemento que consideramos adecuado analizar es el relativo al aspecto institucional, ya que la mencionada Decisión contempla la creación de un Comité Subregional para la Protección de las Variedades vegetales (Art. 37) incluyendo además su estructura organizativa, y funciones (Art. 38), sin embargo, como señala Zobeida Robles de Larrea esta disposición no ha tenido cabida en la realidad fáctica hasta la fecha, pues no se ha reunido el Comité y en consecuencia no se ha regulado ni propuesto normas comunitarias en referencia a las variedades vegetales.²⁵⁴

En cuanto al impacto de la regulación de los obtentores vegetales sobre la producción agrícola, este se puede apreciar a partir de ciertos datos estadísticos; para ello bástenos mirar el ejemplo de un país: Colombia, en el cual, según el Consejo Nacional de Política Económica y Social, en el país existiría un bajo uso de la protección de obtenciones vegetales por parte de los nacionales, y acusa como causales o a la poca investigación en mejoramiento vegetal o al desconocimiento de Protección de Variedades Vegetales. También se hace mención a que entre 1995 y 2006 el 93% de las solicitudes de obtentores vegetales fueron presentadas por extranjeros.²⁵⁵ A ello, hay que agregar que la mayor parte de solicitudes se hizo para productos ornamentales, y no así para productos que promuevan una mayor producción y productividad. (Véase el Anexo 5).

2.6. Instituciones regionales destinadas a la transferencia de tecnologías: prospección y adaptación tecnológica.

La legislación comunitaria en propiedad intelectual per se, es insuficiente para el logro de los objetivos propuestos; como se dijo en el primer capítulo, hace falta además medidas que coadyuven en dicha labor, por ejemplo, normas de competencia; pero además requiere de una

²⁵³ Brendan Tobin, Op. Cit. P. 561

²⁵⁴ Zobeida Robles de Larrea “la noción de variedad esencialmente derivada en el marco de la UPOV y su incidencia en la decisión 345 y la ley de propiedad intelectual” 2007, Tesis de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito. Pág. 57

²⁵⁵ CONPES, 2008. P. 23

institucionalidad que impulse los propósitos trazados. A continuación, nos referiremos a este último elemento.

2.6.1. Sistema Andino de Información

Considerando la gran importancia que tenía la política andina sobre transferencia de tecnología, el Acuerdo de Cartagena había dispuesto el establecimiento de un régimen común sobre tratamiento a los capitales extranjeros y entre otros, sobre marcas, patentes, licencias y regalías. De allí que con posterioridad para el tratamiento de los capitales extranjeros se haya emitido la Decisión 24, y que para la propiedad industrial, que incluye marcas, patentes, licencias, regalías se emitiera la Decisión 85.

Del mismo modo, y en íntima relación con las normativas precedentes se había adoptado la Decisión 84,²⁵⁶ cuya normativa contiene las bases para una política tecnológica subregional, partiendo del hecho de que *“se había llegado a una situación de acentuada dependencia tecnológica debido al contexto general de los factores limitantes del desarrollo, y que, por consiguiente,...es indispensable...coordinar sistemáticamente los esfuerzos encaminados a... la selección, importación, adaptación y asimilación de tecnología externa”*.²⁵⁷

Por ello, los países declararon que *“la formulación y adopción de una política subregional de desarrollo tecnológico se consideraba indispensable para coadyuvar al logro de los objetivos del proceso de integración y la satisfacción de las necesidades del desarrollo económico y social de los Países Miembros”*²⁵⁸ Dicha política debía tener objetivos determinados e instrumentos concretos.

Así, para el cumplimiento de los fines de generar mayor innovación, ciencia y desarrollo tecnológico (que perseguía el Acuerdo de Cartagena), se previeron la creación de instituciones de

²⁵⁶ Como señala Martín Uribe Arbeláez (2002: P. 151), la decisión 84 trataba de *“promover la investigación” y definir qué tecnología era la más conveniente. Rechazaba los famosos “contratos llave en mano”, compra indiscriminada de paquetes tecnológicos, en los que el contratista entrega el complejo hidroeléctrico, industrial, naval, de defensa y la infraestructura en general, lista para usar. La tecnología allí presente no ha sido aprehendida, no se está en la capacidad de reproducirla y tampoco se ha integrado con la propia tecnología, la que se conoce y maneja. También exigía que se valorara el efecto de la tecnología para transferir en el desplazamiento de mano de obra, su incidencia en el desempleo, la generación de ingresos, la balanza de pagos y el medio ambiente. La tecnología, intensiva en mano de obra debía tener prelación sobre la automatizada. La robótica, por más que fuera tecnología de punta, al no captar la mano de obra desplazada y por su complejidad en la elaboración, debería desecharse. Ante todo, debían satisfacerse las necesidades prioritarias para el desarrollo: infraestructura hidroeléctrica, de comunicaciones, ferroviaria, aeroportuaria, siderúrgica, metalmecánica, tecnoquímica, de transformación de materias primas, de insumos agrícola, etc.”*

²⁵⁷ Galo Pico Mantilla, “Jurisprudencia Andina” Quito, Edición Electrónica: EUMED.NET, 2009, P. 164-165.

²⁵⁸ Decisión 84 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, parte considerativa.

carácter subregional: En primer lugar, en el marco de la decisión 24²⁵⁹, 84²⁶⁰ y 85²⁶¹, a través de la Decisión 154 de 5 de junio de 1980, se crea el Sistema Andino de Información Tecnológica (SAIT), que operaría a nivel andino, destinado a propiciar y apoyar acciones tendientes a fomentar la generación de tecnología y contribuir al uso efectivo de la propiedad industrial. Se preveía que *“su puesta en marcha [mejoraría] las condiciones en que se efectúa la transferencia de tecnología y de capital hacia los países andinos”*²⁶². Para definir al Sistema Andino de Información Tecnológica, *“fue necesario identificar las necesidades de información que los Países Miembros deseaban atender con prioridad y los problemas que ello significaba, de modo que se pudieran diseñar los mecanismos más apropiados para atender dichas necesidades”*²⁶³.

El Sistema Andino de Información Tecnológica, permitiría a los Países Miembros: disponer de información requerida para ejecutar la política subregional de desarrollo tecnológico y aplicar el Régimen de capital extranjero y propiedad industrial; fortalecer la capacidad de negociación de los órganos responsables y de los empresarios de la subregión; generar flujos de información entre los organismos que elaboran y ejecutan la política tecnológica y de inversión extranjera; adoptar normas de selección, adquisición, recuperación y difusión de información tecnológica; promover la comercialización de tecnologías propias de los países Miembros y establecer relaciones con otros sistemas de información subregional, regional e internacional (Art. 2 de la Decisión 154).

²⁵⁹ En la Decisión 24 se prescribía que la Comisión debía establecer un sistema subregional para el fomento, desarrollo, producción y adaptación de tecnología, centralizar la información y difundirla entre los países miembros (Art. 55). En el mismo sentido, en el tema de inversiones extranjeras, se establecía que dicho sistema impulsaría *“permanente intercambio de informaciones sobre las autorizaciones de inversión extranjera o de importación de tecnología que otorguen en sus territorios con el objeto de facilitar una creciente armonización de sus políticas y de mejorar su capacidad de negociación”* (Art. 48).

²⁶⁰ En el artículo 23 se ordenaba a la Junta, presentar a la Comisión en un plazo determinado (120 días desde la aprobación de la Decisión 84) *“un programa de establecimiento progresivo de un sistema subregional de información tecnológica”*. Sin embargo, dicho programa no tendría lugar sino hasta 6 años después, con la emisión de la Decisión 154.

²⁶¹ A través de la Decisión 85 se prescribía que los Países Miembros *“se comprometen a mantenerse informados recíprocamente y a informar a la Junta acerca de las patentes concedidas o denegadas por las respectivas oficinas nacionales competentes. Para tal efecto, la Junta enviará a los Países Miembros las pautas necesarias para el intercambio de dicha información”* (Art. 26). De las Decisiones emitidas inferimos que las pautas que tendría que enviar la Junta a los Países Miembros para el intercambio de información no se daría sino hasta 1980 con la Decisión 154.

²⁶² Información Latinoamericana “Preparativos para el sistema de información tecnológica” Revista de Integración Latinoamericana, enero – febrero de 1980, P. 48.

²⁶³ Gustavo Flores “Información tecnológica para la integración andina” artículo presentado a Revista Espacios. Vol. 3 (1) 1982. 10-10-09 en <http://www.revistaespacios.com/a83v03n01/83030121.html>

Después de examinar las necesidades se determinó que el Sistema debería contar con redes especializadas de información en las siguientes áreas: “a) inversión extranjera, b) precios internacionales, c) transferencia de tecnología, y d) propiedad industrial” (Decisión 154 Art. 4).

Como lo señala Gustavo Flores,

*“Las necesidades más urgentes que se trata de atender con el Sistema son aquellas que cubren los aspectos sustantivos que han sido regulados dentro de la Subregión por las Decisiones 24, 84 y 85. Aun cuando, se han definido regímenes legales comunes y políticas subregionales para los diferentes campos que cubre la política tecnológica andina, casi se puede verificar que hasta la fecha en muy limitados casos se ha efectuado una aplicación común del régimen de tratamiento de la inversión extranjera y la transferencia de tecnología; que no todos los países han incorporado en su legislación interna el reglamento sobre propiedad industrial y; que algunos de los principios contenidos en las bases para la política tecnológica subregional han sido escasamente asimilados y aplicados en las correspondientes políticas nacionales para el desarrollo tecnológico. Ante esta situación el Sistema Andino de Información Tecnológica trata de contribuir a que se refuerce la etapa de cooperación técnica iniciada entre los países andinos en el área tecnológica, para que progrese hacia la institucionalización de un mecanismo de integración tecnológica, que permita el establecimiento de relaciones operativas permanentes y conjuntas entre los Países Miembros en el campo de la información tecnológica”.*²⁶⁴

Sin embargo, el Sistema Andino de Información Tecnológica más allá de las expectativas y entusiasmos pronto desaparecería; desde sus inicios el SAIT tuvo dificultades, ya sea de carácter económico, financiero, humano, como resolutivo, pues cabe notar que en sus decisiones el SAIT mantenía un carácter defensivo, por lo que carecía de agresividad para hacer que mediante el uso de información tecnológica sea posible entre otros, detectar posibles inversionistas, ofrecer alternativas de tecnología, ampliar el número y tipo de usuarios de información.²⁶⁵ Si bien el SAIT realizó trabajos y propuestas de singular interés tales como el “Estudio de la importación tecnológica en el sector manufacturero del sector farmacéutico” de 1985, “desapareció la década de los 90. Se dice que por falta de presupuesto, con lo cual se da por terminada una etapa en la cual los órganos subregionales, la Comisión y la Junta debían liderar con las oficinas nacionales de propiedad industrial las políticas tecnológicas a través de las decisiones sobre propiedad industrial. Esta tarea se encuentra ahora fundamentalmente en manos de los gobiernos nacionales, que, por carencia en sus presupuestos y por las tendencias políticas imperantes, le prestan poca importancia y en algunas pocas empresas privadas”.²⁶⁶

²⁶⁴ Gustavo Flores Op. Cit.

²⁶⁵ B. Kresalja, 2003: P. 269

²⁶⁶ *Ibíd.* P. 270

2.6.2. Oficina Subregional de Propiedad Industrial.

Fue la Decisión 24 la que sentó las bases para la creación de la Oficina Subregional de Propiedad Industrial, cuyo objetivo fue servir de órgano de enlace e intercambio de información entre las oficinas nacionales de propiedad industrial y asesorarlas en todos los aspectos relativos a las normas comunes que se adopten en esta materia, en casos tales como elaboración de contratos tipo de licencia para la explotación de patentes o el uso de marcas en la subregión. De la misma forma se le confiere la facultad de elaborar estudios y presentar recomendaciones a los Países Miembros sobre patentes de invención (Art. 54 Decisión 24). En palabras, de Mauricio Guerrero *“es un organismo destinado a aumentar los contactos nacionales y a facilitar la adopción y aplicación de las normas comunes sobre propiedad industrial que la Comisión debe aprobar, a propuesta de la Junta, dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia del régimen”*.²⁶⁷ La importancia de la integración de la *“política subregional en materia de propiedad industrial”* a través de mecanismos no sólo normativos, sino instituciones de carácter subregional que conozca la materia, era trascendental, pues se advertía que con mucha frecuencia los países de la región *“ignoraban las experiencias de sus vecinos, incurriendo, no sólo en roces sino en desperdicio de recursos y en duplicidad de esfuerzos”*.²⁶⁸

El compromiso de creación de la Oficina Subregional Andina, se recogió nuevamente en la Decisión 220 (el Artículo 54 de la Decisión 24, se insertó de manera íntegra, como copia fiel en el artículo 37 de la Decisión 220). Sin embargo, en la Decisión 291 se puede constatar que no hay ninguna mención a una oficina subregional de propiedad industrial.

“La creación de la oficina no fue posible. La propuesta contó con oposiciones muy variadas y, sin duda, contundentes. Muchos eran los intereses que estaban en contra: posiciones nacionalistas que invocaban soberanía; ausencia de convicción sobre los objetivos comunes que era conveniente priorizar; falta de apoyo de los funcionarios [...] involucrados en estos asuntos en cada país; y, finalmente, los intereses de los Estados Unidos y de las empresas transnacionales que creían [...] no conveniente enfrentarse a una subregión con una política bien definida en esta materia y, en alguna medida, contraria a sus intereses, sino más bien, debilitar esta posición por la vía bilateral [...] En el momento inicial de la propuesta faltó, como ha ocurrido tantas veces antes, desprendimiento y defensa firme de los intereses legítimos de largo plazo. No se estaba preparado para ello; la propuesta fue, por tanto, irrealizable”.²⁶⁹

²⁶⁷ Mauricio Guerrero *“El régimen común de la inversión extranjera en el Grupo Andino”* en Derecho de la Integración N° 8, pp. 8 y ss. BID-INTAL, abril de 1971. P. 31

²⁶⁸ José Francisco Ruiz Massieu, Régimen Jurídico de las Empresas Multinacionales en la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1972. P. 128

²⁶⁹ B. Kresalja, 2003: P. 266.

Sin duda, la Oficina Subregional Andina de Propiedad Industrial, hubiera constituido un excelente instrumento en la política subregional andina, contribuyendo de manera efectiva en la aplicación coherente y acertada del régimen de propiedad industrial, coadyuvando al mismo tiempo en la elaboración de políticas de desarrollo en el ramo.

2.6.3. Consejo Andino de Política Industrial y Consejo Andino de Ciencia y Tecnología.

Cabe advertir inicialmente, que si bien los órganos que analizaremos a continuación no son órganos creados propiamente para el tema de la propiedad intelectual, indirectamente se hallan vinculados estrechamente con las políticas de desarrollo relacionadas con la innovación y desarrollo tecnológico: aquí radica el motivo de incluirlas en nuestro análisis, pues consideramos que tanto la propiedad intelectual como los órganos a analizar tienen como propósito el desarrollo del progreso técnico.

Frente a la situación de crisis a inicios de los 80, la Junta lideriza un proceso de reflexión importante. Se avanza así en la creación de mecanismos institucionales en procura de impulsar por un lado, un programa de desarrollo de ciencia: este elemento inspira las decisiones 179 (1983) que crea el Consejo Andino de Ciencia y Tecnología y la Decisión 213 encaminada a crear las bases de una comunidad andina científica²⁷⁰; y, por otra, el mecanismo destinado a la realización de programas y acciones conjuntas para la promoción del desarrollo industrial de la Subregión, este elemento se recoge en la Decisión 178 (1983) que crea el Consejo Andino de Política Industrial.

Al parecer, en lo que respecta al Consejo Andino de Política Industrial que tendría como función “asesorar a los órganos principales del Acuerdo en: a) La definición de la estrategia industrial andina; b) La preparación de los programas y acciones conjuntas para promover el desarrollo industrial en la Subregión; y c) La evaluación de los avances del proceso de integración en el campo industrial” (Art. 1), más allá de las buenas intenciones no ha tenido repercusión alguna, pues si bien se le ha conferido importancia teórica en Declaraciones como la de Machu Picchu, donde se le encomienda “definir una estrategia de apoyo a los esfuerzos de modernización y reestructuración industrial”,²⁷¹ o la Declaración de La Paz donde se ratifica la estrategia definida en el Mandato de Machu Picchu,²⁷² no se ha traducido tan siquiera en una

²⁷⁰ C. Aguirre: 1992, P. 5.

²⁷¹ Acta de Machu Picchu de 1990: Directriz presidencial Nro. 6

²⁷² Anexo al Acta de La Paz de 1990: Acciones para la profundización del diseño estratégico número III, inc. A), punto 1.

estructura física, con objetivos y funcionamiento claro (aspecto que si ocurrió en el Consejo Andino de Ciencia y Tecnología), más aún si tomamos en cuenta que en la estructura del Sistema Andino de Integración²⁷³ instituida a través del Protocolo de Trujillo (1996) dicho órgano no forma parte del sistema, situación que es reafirmada en su reglamento: Decisión 471 (1999), donde dicho órgano no aparece como órgano vigente; ambos aspectos desde nuestra óptica además de demostrar la ínfima importancia asignada por los estados miembros a dicho órgano, implica una derogación de la Decisión 178, aunque tal hipótesis al parecer no es aceptada por la Comunidad Andina quien en su página oficial sigue manteniendo como vigente dicha normativa.²⁷⁴

Por otra parte tenemos al Consejo Andino de Ciencia y Tecnología (CACYT), que si bien en virtud del Programa de Caracas para la Cooperación en Investigación y Formación Científica y Tecnológica de los Países Miembros (Decisión 183) se establece su estructura, objetivos y funcionamiento, según el Protocolo de Trujillo no aparece como parte del Sistema Andino de Integración, y tampoco en su reglamento (Decisión 471), lo cual también nos da un panorama del escaso interés que representaba para los países miembros; sin embargo, dicha omisión fue subsanada en virtud de la Decisión 508 que incorpora en la lista de los Consejos y Comités vigentes al Consejo Andino de Ciencia y Tecnología (CACYT).

Si bien, dicho órgano continúa funcionando hasta el día de hoy, su funcionalidad sería escasa y/o de poco interés²⁷⁵, pues las propuestas realizadas por dicho órgano, tales como el Sistema Andino de Innovación y el Programa Andino de Innovación Tecnológica²⁷⁶ o la implementación del Programa de Trabajo Andino en materia científico –tecnológica (PAITEC)²⁷⁷, quedan simplemente como propuestas que no tienen validez en la realidad fáctica, debido a la falta de un compromiso real con el desarrollo tecnológico e innovación y los pocos

²⁷³ El Sistema Andino de Integración se dio con el fin de evitar que la Comunidad Andina se desplome y redefinirlo en las nuevas condiciones y con objetivos menores que los originales.

²⁷⁴ Véase en la página: www.comunidadandina.org

²⁷⁵ Pese a que en 2004 la Secretaría General, señalara como objetivo en materia de innovación, la *Reactivación del Consejo Andino de Ciencia y Tecnología*. Véase el documento informativo SG/di 750 de 13 de julio de 2005 de la Secretaría General.

²⁷⁶ Véase el Informe SG/CACYT/XIV/INFORME de 26 de diciembre de 2004 presentado a la Secretaría General

²⁷⁷ Para mayor información acerca de este programa véase el documento de trabajo SG/dt 336 20 de marzo de 2006 de la Secretaría General

programas implementados como el Programa Andino de Ciencia y Tecnología (PACYT) son vistos como escasamente operativos.²⁷⁸

Con relación a todos estos instrumentos cabría preguntarse cuál es el razonamiento para que dichos emprendimientos no tengan éxito: tal vez los países andinos no logran concebir dichos instrumentos como el más pertinente instrumento de política conjunta, o quizás no está concebido con una visión transversal en distintos temas estratégicos entre ellos, sociales, productivos regionales, de inserción internacional, económicos, etc., o tal vez entre los países no hay un conocimiento cabal de los distintos planes y políticas de ciencia y tecnología que permita identificar posibles temas de convergencia, o finalmente el esquema de dispersión e individualización que caracteriza las políticas de Ciencia y Tecnología de los distintos países, no sea funcional a una iniciativa conjunta,²⁷⁹ o más seguro, los miembros rebajaron el alcance que quieren dar a la integración regional.

Desde nuestra perspectiva la respuesta estaría dada por la última opción, pues desde que Colombia y Perú celebraron los Acuerdos de Libre Comercio con Estados Unidos, la Comunidad Andina se debilitó considerablemente, aspecto que repercutió en todos los ámbitos, incluso el tecnológico, a tal punto que hoy se cuestiona si la Comunidad Andina seguirá vigente en el futuro próximo.

2.7. Políticas de competencia.

Tal como señala Carlos Correa, *“En los países en desarrollo, la mayoría de los cuales cuentan con escasa tradición, si acaso la tienen, en aplicación de políticas y leyes en materia de competencia. De hecho, en la mayoría de éstos países, los DPI se han ampliado y fortalecido en ausencia de un cuerpo de legislación operativo en materia de competencia, contrariamente a lo que sucede en los países desarrollados, en los cuales se han introducido mayores niveles de protección de la PI dentro de contextos normativos que brindan sólidas defensas contra prácticas anticompetitivas”*.²⁸⁰

El estudio de la política de competencia necesita considerar diversas actuaciones intervencionistas del Estado que *“afectan la adquisición y utilización de los DPI. Si bien el derecho de competencia puede ser un importante instrumento para limitar los efectos*

²⁷⁸ Jaime Acosta Puertas, “Políticas estructurales para el Mercado Común Andino en el año 2005”, ensayo publicado por el observatorio colombiano de la coyuntura internacional, BOLETINES No. 67 - 70 Junio 2001 - Junio 2003, P. 9 <http://www.javeriana.edu.co/andino/docs/mercadoandino.pdf>

²⁷⁹ *Ibíd.* P. 9

²⁸⁰ C. Correa, 2009: P. 389

*perjudiciales de los DPI, la mayoría de los países en desarrollo no aplica estas leyes para corregir usos anticompetitivos de tales derechos debido a la falta de leyes, su débil implementación, o por ausencia de políticas que traten la relación PI-competencia”.*²⁸¹

Como vimos en el capítulo anterior, las políticas de competencia son instrumentos para controlar el poder de mercado y que en el ámbito de la propiedad industrial y más específicamente de las patentes, comprendería: el control al ejercicio abusivo de una patente por su titular y control sobre el otorgamiento de licencias exclusivas a fin de evitar restricciones anticompetitivas sobre terceros.

En lo que refiere al primero (control al ejercicio abusivo de una patente por su titular), la norma comunitaria establece que la autoridad nacional competente, *“otorgará licencias obligatorias cuando se presenten prácticas que afecten la libre competencia, en particular, cuando constituyan un abuso de la posición dominante en el mercado por parte del titular de la patente”* (Art. 66 Decisión 486). Bajo esta disposición, la autoridad competente está facultada para declarar la práctica que afecte a la libre competencia y absteniéndose de solicitar el consentimiento del titular, conceder licencia obligatoria a un tercero para su utilización; de esta forma el Estado puede limitar el ejercicio abusivo de la patente.²⁸²

En los países andinos, pese al esfuerzo por reglamentar esta disposición, *“no ha habido precedentes jurisprudenciales en esta materia, por tanto, no es posible anticipar el desarrollo por las autoridades de competencia, de criterios uniformes determinados para el caso de patentes, más allá del caso del criterio general aplicado en estos casos al abuso de posición dominante”*²⁸³. Se advierte que si este tema no es debidamente abordado, se tiene el riesgo de terminar con la *“desnaturalización misma de la política de competencia”*. Sin embargo, el problema es que el sistema de competencias, para *“la identificación de los supuestos de “abusos”, solo es posible hacerla a través de una evaluación de efectos anticompetitivos de las*

²⁸¹ *Ibíd.* P. 390

²⁸² Conforme nos hace notar Carlos Correa, *“Existen diversas prácticas, que sin estar necesariamente asociadas a una posición dominante, tienden a restringir la competencia y son condenables en muchos países [...] A los efectos de la aplicación de licencias por “prácticas anticompetitivas” pueden distinguirse tres supuestos: A) las conductas que conciernen al producto patentado en sí y que afectan al consumidor final o al interés público (por ejemplo, precios excesivos); B) aquellas que perjudican a competidores actuales o potenciales del titular de la patente, incluyendo la realización de investigaciones; C) las que conciernen a cláusulas restrictivas en convenios de licencia; por ejemplo retrocesión de mejoras, compras atadas, de distribución o en otras relaciones “verticales”*” (Carlos Correa “Propiedad Intelectual y competencia: El papel de las licencias obligatorias”, en Rafael Pérez Miranda y Martín Díaz Comp., *El Estado y el Derecho Económico Actual*, México, Vertiente Editorial S.A de C.V. 1998, P. 57 y 58)

²⁸³ I. de León, 2004: P. 18

*prácticas examinadas en el mercado*²⁸⁴. Por tanto, podemos evidenciar que existe un problema teórico y práctico que consiste en poder establecer de manera precisa una prescripción legal que *“defina anticipadamente y para todos los casos, los límites temporales óptimos del régimen de patentes y otros derechos de Propiedad Intelectual”*²⁸⁵.

En lo que respecta al control sobre el otorgamiento de licencias exclusivas a fin de evitar restricciones anticompetitivas sobre terceros, señalar que el ordenamiento comunitario prevé este supuesto en el Art. 58 de la Decisión 486, al establecer que *“la autoridad nacional competente no registrará los contratos de licencia para la explotación de patentes que no se ajusten a las disposiciones del Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros*²⁸⁶ *y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, o que no se ajusten a las disposiciones comunitarias o nacionales sobre prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia”*. Tal disposición obliga a las autoridades de competencia de los Países Miembros a revisar dichos contratos de licencia, sin embargo tal situación no se da en la realidad fáctica. Un problema serio que trae esta disposición es que se pone en duda la capacidad de los órganos competentes de atacar con posterioridad dichas restricciones. Se genera así un problema serio de la oportunidad en que dichas restricciones puedan ser revisadas por la autoridad competente, dado que es imposible conocer de manera anticipada las restricciones de competencia que puedan sobrevenir como resultado de conductas restrictivas, considerando que dicho examen tomaría en cuenta las circunstancias económicas cambiantes, en virtud de las cuales es posible constatar la conducta contractual²⁸⁷.

En cuanto a su administración, podemos mencionar que en algunos países andinos, a efectos de que no se dé una descoordinación institucional²⁸⁸ y más bien se dé una efectiva atención a los problemas de competencia generados por la Propiedad Intelectual, las autoridades de Competencia y de Propiedad Intelectual coexisten bajo una misma autoridad: Perú con el Instituto de Defensa de la Competencia, y Colombia bajo la tuición de la Superintendencia de Industria y Comercio.

²⁸⁴ *Ibíd.* 22.

²⁸⁵ *Ibíd.* 2004: P. 23.

²⁸⁶ En lo que respecta al régimen de capitales extranjeros, como vimos, el Régimen Común de Inversiones remite la mayor parte de la regulación, por no decir toda, a las leyes locales. Ahora conviene mencionar que las legislaciones de los Países Miembros no establecen requisitos previos, y más bien los registros se utilizan a efectos estadísticos. De ahí que resulte difícil determinar en qué casos se produciría la denegación del registro. *Ibíd.* P. 17

²⁸⁷ I. de León (2004: P. 20).

²⁸⁸ Evitando de esta forma rivalidades institucionales, evitando contradicción en sus decisiones y doctrinas; así como coordinando la efectiva definición de políticas de competencia relacionadas con la propiedad intelectual.

2.8. La inversión en investigación y desarrollo.

A diferencia de la Unión Europea que posee Fondos Estructurales para fomentar la investigación y desarrollo (particularmente a partir de 1994, donde se re-direccionó el énfasis en la asignación de los recursos, de infraestructura pesada, tales como carreteras, edificaciones, rehabilitación de suelo, formación básica, etc. a infraestructuras ligeras, como servicios de apoyo a la innovación para fomentar la explotación de la investigación y desarrollo),²⁸⁹ en la Comunidad Andina, todavía sigue siendo una propuesta²⁹⁰, por tanto, las políticas de Inversión en Investigación y desarrollo siguen siendo absolutamente individuales.

Otra aclaración previa que consideramos pertinente es que nuestros países, al igual que el resto de los países menos desarrollados ante la disyuntiva de hacer Investigación y Desarrollo en tecnologías de punta o emergentes, y optar por hacer apropiación, adaptación, licenciamiento, etc., de tecnología,²⁹¹ se decidieron desde el inicio por el segundo.²⁹²

Se dice que la inversión en investigación y desarrollo es uno de los indicadores principales del esfuerzo tecnológico e innovador²⁹³, partiendo de esta hipótesis, podemos observar que en porcentaje del PIB los países andinos en todos los casos no superan el 0,2% (Colombia 0,18%, Perú 0,11%, Ecuador 0,07%, y Bolivia, 0,03%), cosa opuesta ocurre en países desarrollados como Estados Unidos, la República de Corea, el Japón y los países europeos más avanzados, donde el porcentaje del PIB supera el 2% (VER ANEXOS 3, 4 y 7), de ahí que podamos deducir que el PIB per cápita, está íntimamente vinculado con la innovación (VER ANEXO 8). De la misma forma, se puede observar que la inversión en Investigación y Desarrollo, repercute con el número de capital humano dedicado a la ciencia y tecnología; se puede ver que el número del personal de ciencia y tecnología en los países andinos es mínimo: en el mejor de los casos, al año 2007 el país con mayor número de investigadores (equivalentes a jornada completa) Colombia alcanza solamente a 5570 personas, no representando siquiera el 5% existente en relación a países emergentes como Brasil (124882), o el 1% de países desarrollados como Estados Unidos que sólo a 2005 su número alcanzaba a 1387882

²⁸⁹ Para mayor información véase <http://vlex.com/vid/innovacion-regional-vista-candidatos-162275>

²⁹⁰ Al respecto, véase el trabajo Mecanismos de Compensación: Fondos de Compensación, Fondos Sociales y Políticas de reestructuración en el mundo globalizado, en <http://www.gpn.org/research/idb200310/mecanismos.pdf>

²⁹¹ N. Rúa: 2006; P. 4

²⁹² Y esta afirmación puede ser constatada estadísticamente, ya que según datos del RICYT (2008), la inversión en Investigación y Desarrollo en Asia, la Unión Europea y Estados Unidos significa más del 90% del total mundial. Extraído del SELA: Desarrollo de la Industria Regional de Software en América Latina y el Caribe: Consideraciones y propuestas, 2009: P. 11

²⁹³ CEPAL, 2008: P. 19

investigadores; (VER ANEXO 10). Ahora bien, si analizamos la cantidad de investigadores descritos anteriormente con relación a la población total de cada país, se observa que las brechas son significativas con respecto de países emergentes como Brasil: en el caso de Colombia a 2007 representa el 0,01% de su población total (de Aprox. 46.2 Millones), en Brasil el 0,06% (de Aprox. 189.3 Millones); empero si hacemos un balance con respecto de países desarrollados como Estados Unidos, inmediatamente observamos que las distancias se amplían de manera sorprendente: sólo a 2005 en los Estados Unidos se tiene un 0,47% de investigadores de la población total (de Aprox. 296.5 Millones)²⁹⁴.

Ahora bien, volviendo al gasto en Investigación y Desarrollo, según el sector de ejecución, es posible caer en cuenta que en los países andinos el gasto del sector empresarial aún es escaso, así en el mejor de los casos como Bolivia su participación alcanza al 25%; situación opuesta ocurre en países desarrollados como Estados Unidos, China, República de Corea donde la participación del sector empresarial sobrepasa la tasa del 65% (ANEXO 9).

Por otra parte, en cuanto al porcentaje de participación del sector estatal en Investigación y Desarrollo, en el Anexo 9 podemos advertir que en el caso de Colombia sólo alcanza al 8%, por tanto, la tasa es equivalente al porcentaje de participación de los gobiernos de los países desarrollados, que en general es inferior al 20% (Ej. Estados Unidos 12,23%, Canadá 9,92%, Japón 9,45%). Situación opuesta ocurre con el resto de países andinos, donde el gasto del sector público sobrepasa el 20%: Bolivia (21%), Ecuador (34%), Perú (33%). Ahora bien, en el mismo anexo, podemos observar que dentro de los gastos en Investigación y Desarrollo existe una categoría definida como OTROS²⁹⁵, empero ésta en general no contribuye mayormente a la financiación de la investigación y desarrollo de las economías. En este campo podemos observar que para todos los países andinos la tasa sobrepasa el 50%, cifra que es negativa porque conforme se señaló es improductiva; en cambio en los países desarrollados el porcentaje de esta categoría no sobrepasa el 30%.

Como señala Jaime Acosta, el efecto sistémico de una mínima inversión en Ciencia y Tecnología y un reducido presupuesto del mismo en términos de PIB, para los países andinos es grave, dado que cuando se toman decisiones en desmedro del conocimiento, como la principal

²⁹⁴ La cantidad de población por país se extrajo de Population Reference Bureau, "Cuadro de la Población Mundial 2005" y "Cuadro de la Población Mundial 2007", 10-03-10. Disponibles en http://www.prb.org/pdf05/05WorldDataSheet_SP.pdf y http://www.prb.org/pdf07/wpds07_sp.pdf

²⁹⁵ Otros incluiría instituciones de educación, organismos extranjeros y entes privados sin fines de lucro.

fuerza de desarrollo y riqueza, se decide en contra del futuro, de la construcción de una nueva sociedad y la profundización de la integración, impactando por tanto en diferentes políticas: industrial, de comercio exterior, educación, salud, desarrollo regional, entre otras, e incluso la política macroeconómica en el mediano y largo plazo²⁹⁶.

Es evidente que la escasa actividad innovadora, reflejada en el número de registros de patentes, se explica en gran medida por la insuficiente capacidad y bajos recursos destinados a la investigación y desarrollo, pero también por el muy escaso o nulo aprovechamiento de la información tecnológica que contienen los documentos de patentes, como fuente de información tecnológica. Esta situación indudablemente, repercute en la pérdida de competitividad en el mercado, pérdida de oportunidades de transferencia de tecnología (negociación, contratación, compra y venta de licencias, etc.) pérdida de oportunidades en la explotación de la información tecnológica de dominio público, entre otros²⁹⁷.

Conclusiones.

No cabe duda, de que en el proceso subregional andino, el factor tecnológico fue considerado desde sus inicios, esto es, desde la creación del Acuerdo de Cartagena de 1969. Así, se consideró que uno de los mecanismos contemplados para la consecución del objetivo principal (lograr mayor bienestar económico y social de la población) era el referido a la armonización de políticas económicas y sociales, disponiendo plazos determinados para su regulación normativa a nivel comunitario.

La Comunidad Andina, surgió en torno al modelo de sustitución de importaciones, la cual estuvo íntimamente relacionada con la regulación de las inversiones extranjeras y la propiedad industrial, factores considerados claves para la generación y aprovechamiento del desarrollo tecnológico. De ahí que en el presente trabajo se hayan examinado ambos elementos. A través del análisis de ambos factores se pretendía lograr la asimilación y transferencia del progreso técnico, sin embargo, desde que se instituyeron ambas fueron controvertidas por ir en oposición a las corrientes globales, por esto, desde sus inicios la Comunidad tuvo que enfrentar presiones de diversos actores, en particular de países desarrollados como Estados Unidos y de sectores industriales que con los ordenamientos normativos veían mermadas sus utilidades; dicha reticencia se agudizó a partir de los años 80 cuando los países de la región tuvieron que hacer

²⁹⁶ J. Acosta: 2003, P. 9

²⁹⁷ CONPES: 2008, P. 35.

frente a diversas dificultades tanto exógenas como endógenas (entre otros caída de precios del petróleo, la crisis del endeudamiento externo, la reiterada aplicación de los programas de ajuste y de reforma estructural y la mala administración de los recursos); situación que provocó un debilitamiento inevitable en el proceso subregional andino, de ahí que se haya accedido poco a poco a modificar la normativa andina, tanto en propiedad industrial como en inversiones, cada vez más a favor de las tendencias globales de liberalización representadas por el Consenso de Washington.

En propiedad industrial, la normativa comunitaria tuvo un dinamismo inusitado, y desde nuestra perspectiva cada cambio implicaba un alejamiento de los propósitos iniciales para los que fuera concebida y un acercamiento a las pautas globales, hasta llegar a la Decisión 486 que representa la adecuación al sistema multilateral.

En el tema de inversiones, la principal característica en cuanto a las modificaciones que hubo fue que de un régimen común en donde casi todas las esferas de inversiones se hallaban reguladas en el ámbito de la Comunidad, se pasó a un régimen donde casi todas las facultades de regulación están en manos de los países.

Ahora bien, en cuanto a las otras categorías de Derechos de Autor, acceso a los recursos genéticos y obtentores vegetales, señalar simplemente que estas se dieron en otro contexto (en función del modelo de Regionalismo Abierto adoptado por Latinoamérica en la segunda mitad de los años noventa). Podríamos afirmar que en Derechos de Autor, el establecimiento de normas comunes, constituye un avance significativo a favor de la integración subregional en el sentido de que el tener pautas comunes favorece a la libre movilidad de bienes y servicios. En cuanto a las otras categorías, esto es, el referido al acceso de recursos biológicos y la regulación de los obtentores vegetales, desde nuestra óptica no constituyen grandes avances, ya que por un lado en el régimen de acceso a recursos genéticos, no ofrece mecanismos eficientes que garanticen la distribución equitativa de recursos económicos a favor de nuestros pueblos y comunidades campesinas y originarias. Por otro lado, en el régimen de obtenciones vegetales, considero que dicha normativa no toma en cuenta las obtenciones vegetales producto del conocimiento tradicional de los campesinos e indígenas, aspecto que representa un desconocimiento del aporte humano de dicho sector, en base a costumbres y tradiciones.

En relación a las demás políticas de Propiedad Intelectual, tales como el aspecto institucional, que a nuestro juicio constituye un elemento de vital importancia en la consecución

de los objetivos propuestos, expresar que a nivel andino no representó más que buenas intenciones ya que no fueron apoyadas por parte de los gobiernos, tal vez porque no estuvieron convencidos de las iniciativas adoptadas conjuntamente o porque no hubo un compromiso real con el proceso subregional. De allí que el logro por parte de las instituciones creadas haya sido escaso o ninguno, ya que en algunos casos, tales como la Oficina Subregional de Propiedad Industrial nunca llegó a crearse.

En el tema de competencia, vale señalar en el ámbito subregional andino, que si bien se establecieron normas en relación a la propiedad intelectual, a nuestro juicio son todavía muy escasas para un efectivo control al ejercicio abusivo de un derecho de propiedad intelectual por su titular y control sobre el otorgamiento de licencias exclusivas, a fin de evitar restricciones anticompetitivas sobre terceros, por lo que es necesario su mejoramiento no sólo a nivel normativo sino también institucional.

En lo que refiere a la inversión en investigación y desarrollo cabe mencionar que la que realizan los países andinos, es mínima por cuanto no llegan a representar siquiera el 0,2% del PIB, en clara contradicción con la tendencia de los países desarrollados que invierten más del 2% del PIB en estas actividades; esta situación es un reflejo del esfuerzo tecnológico e innovador seguido por los andinos, y si no cambia, difícilmente podemos aspirar a lograr el desarrollo.

Capítulo III

CAMBIOS EN LA POLÍTICA DE LA CAN FRENTE A LA PROPIEDAD INTELLECTUAL: ¿UN NUEVO PARADIGMA?

Introducción.

La llegada del ADPIC en el marco de la OMC representó una carga considerable para los países en desarrollo y los menos desarrollados, porque ello tuvo efectos considerables en el margen de maniobra respecto de la adopción e implementación de políticas adecuadas a las realidades y necesidades socioeconómicas de estos países, ya que constituye un obstáculo o limitante muy grande en el ejercicio de tales políticas. Sin embargo, dicho acuerdo aún mantiene ciertas flexibilidades que pueden ser utilizadas por los países en su propósito de generar desarrollo económico y social. No obstante, en esta última época los Acuerdos Bilaterales han puesto en cuestión aquellas flexibilidades, ya que tienden a desarrollar y profundizar los derechos de Propiedad Intelectual ya instituidos en el ADPIC, lo que no sólo afectaría a los países, sino también a los procesos de integración vigentes.

Por esto, en el presente capítulo realizaremos un análisis de los problemas y las consecuencias que genera el ADPIC y con mayor relevancia los TLCs, más aún cuando Colombia y Perú suscribieron en el 2006 Tratados de Libre Comercio con Estados Unidos. Sobre los cambios introducidos en la Decisión 486 con motivo de la adecuación al ADPIC, cabe advertir que fue examinada en el capítulo anterior, por tanto, no haremos sino mención de esta, y más bien, nuestro análisis se hará en torno a la disminución de los márgenes de maniobra en las políticas de propiedad intelectual. En cuanto a los TLCs, se hará un estudio de los aspectos que incluyen en propiedad intelectual, en comparación con el ADPIC y la Decisión 486, para determinar el grado de desarrollo y profundización en los derechos de propiedad intelectual ya regulados por estos instrumentos normativos.

A continuación se hará referencia de cómo los Tratado de Libre Comercio celebrados por ambos países andinos con Estados Unidos, obligaron a la modificación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con motivo de adecuarla a dichos instrumentos internacionales. Posteriormente se analizará el impacto de las Decisiones, primero en relación a las políticas de desarrollo, en torno a 3 factores: la ampliación de los plazos de protección de patentes, la protección temporal de los datos de prueba y la excepción Bolar. Por último se identificará su

impacto en el proceso de integración subregional, desde los aspectos político, económico, social y jurídico.

1. Problemas u obstáculos en la adopción de políticas en propiedad intelectual: sistema multilateral (ADPIC) – nivel bilateral (TLC)

Es inevitable que en un mundo cada vez más globalizado sea imposible abstraerse del sistema multilateral y de sus reglas. Sin embargo, como veremos a continuación, ello tiene repercusiones muy grandes en las políticas que puedan y decidan adoptar los países.

Es claro que nuestros países y los países menos desarrollados en general aceptaron el ADPIC, no porque en ese momento haya sido prioritaria la adopción de protección de propiedad intelectual, sino porque se pensó que en el paquete de medidas ofrecidas figuraba la reducción de proteccionismo comercial en los países desarrollados, lo cual sería beneficioso.²⁹⁸ Sin embargo, podemos observar que dichos compromisos de liberalización de los sectores agrícola y textil no se respetaron, en cambio nuestros países han tenido que soportar las cargas que impone el ADPIC.²⁹⁹ Paradójicamente hoy bajo los mismos argumentos del ADPIC, se pretende celebrar acuerdos ADPIC PLUS.

Si bien hoy existen intentos de adoptar los Derechos de Propiedad Intelectual adecuados a las circunstancias y necesidades locales, los países se enfrentan a obstáculos derivados de las normas internacionales multilaterales de propiedad intelectual que deben ser implementados en las correspondientes legislaciones nacionales³⁰⁰, respetando además los niveles mínimos que deben ser observados. Estos niveles de protección que casi en la totalidad de sus prescripciones tienen niveles de protección mayores con respecto de las anteriores normas multilaterales³⁰¹ constituyen un mayor desafío para los Países en Desarrollo en su búsqueda de lograr un

²⁹⁸ C. Correa, 2005: P. 50

²⁹⁹ Si antes los países tenían amplios márgenes de maniobra, porque tenían la posibilidad de regular libremente la protección o no de determinadas categorías de derechos de Propiedad Intelectual, establecer requisitos de protección, fijar plazos de duración de los derechos intelectuales, regular los procedimientos en materias civiles, administrativas o penales, incluso aduaneras, con la llegada del ADPIC se limitó aquello de manera considerable. Desde la perspectiva paretiana, el ADPIC se constituye en favor de los países desarrollados y en perjuicio de los países en desarrollo, porque estos últimos por antonomasia son importadores netos de tecnología, suministrada básicamente por los países desarrollados, y también porque a través de la estandarización se produce automáticamente que el valor de los derechos de propiedad intelectual aumenten, provocando que sus titulares, concentrados fundamentalmente en los países industrializados se beneficien, en detrimento de los usuarios de tecnologías y productos protegidos en la región.

³⁰⁰ *Ibíd.* M. Oliva, 2009: P. 48

³⁰¹ Como se dijo en el capítulo anterior, los convenios predecesores de París y Berna permitían una flexibilidad considerable en el diseño de los sistemas de Propiedad Intelectual, pero con el ADPIC desaparece gran parte de ella.

desarrollo económico y social³⁰², dado que sus márgenes de maniobra al momento de establecer las respectivas políticas se hallan disminuidos y de manera significativa.

Antes de ingresar a un análisis más detallado del ADPIC, consideramos que previamente cabe hacer las siguientes precisiones. Considerando que la mayoría de países forman parte de la OMC o están en vías de ingresar a esta organización, la implementación del ADPIC que regula prácticamente todas las categorías de derechos de propiedad intelectual exige cambios sobre las legislaciones internas de propiedad intelectual,³⁰³ a tal propósito el ADPIC para su entrada en vigor estableció plazos escalonados,³⁰⁴ con base en la aplicación pautada de diversas disposiciones del Acuerdo y según el nivel de desarrollo de los países.³⁰⁵ En el caso de los países en desarrollo se estableció un período de transición de 5 años (ADPIC Art. 65.2) para aplicar las obligaciones relacionadas con la protección de propiedad intelectual.

Como se dijo en un apartado anterior, las disposiciones del ADPIC constituyen estándares mínimos que deben adoptar las legislaciones, lo que implicaría que los países miembros no estarían obligados a conceder una protección más amplia que la prevista en el Acuerdo (ADPIC. Art. 1.1), pero vista desde otra perspectiva, implicaría que dichos estándares mínimos se aplicarían a todos los miembros de la OMC, cualquiera fuere su nivel de desarrollo, incluidos los países menos desarrollados, y al mismo tiempo significaría también que los países miembros no podrían establecer un menor grado de protección que las normas impuestas por el ADPIC, pero sí estarían facultados (aunque no obligados) a elevar el nivel de protección de los

³⁰² *Ibíd.* M. Oliva, 2009: P. 48.

³⁰³ Como nos hace notar Carlos Correa “*El artículo 1.1 deja en claro que los países Miembros deben aplicar el Acuerdo mediante normas internas de instrumentación. Las disposiciones del Acuerdo están dirigidas a los Estados y no modifican directamente la situación jurídica de las partes privadas, quienes no podrán reclamar derechos en virtud del Acuerdo hasta y en la medida que el mismo sea receptado por la legislación nacional*” Carlos Correa: 1998, P. 35. De allí que en caso de que los países incumplieran el compromiso asumido, podían ser demandados por los Estados, esta vez ante el sistema efectivo de solución de controversias de la OMC impuesto para garantizar su cumplimiento.

³⁰⁴ La entrada en vigor general del Acuerdo para todos los países Miembros del Acuerdo fue el 1 de enero de 1995. En líneas generales para el caso de los países desarrollados se estableció el plazo de un año después de la entrada en vigor general del acuerdo, por tanto entraba en vigor a partir del 1 de enero de 1996. Para los países en desarrollo, se estableció un plazo 4 años, adicionales al de los países desarrollados, por tanto entraría en vigor a partir del 1 de enero de 2000 (ADPIC Art. 65) y por último para los países Menos desarrollados se estableció un plazo de diez años desde la fecha de aplicación del acuerdo, prorrogables sobre la base de una petición debidamente motivada y resuelta por el Consejo de TRIPS (ADPIC art. 66), por tanto, primariamente entraría en vigor a partir del 1 de enero de 2016; así se ha reafirmado en la Declaración de Doha, manifestando enfáticamente, que los países menos adelantados, no estarían obligados a hacer respetar los derechos previstos en el ADPIC, sino hasta el 1 de enero de 2016, sin perjuicio del derecho de recabar otras prórrogas de los períodos de transición (Véase Declaración Ministerial de la OMC de Doha sobre los ADPIC y la Salud Pública, núm. 7).

³⁰⁵ C. Correa, 1998, P. 219.

derechos de propiedad intelectual; abriendo en consecuencia las puertas a los Acuerdos de Libre Comercio y a la continua expansión de la Propiedad Intelectual a través de nuevos esfuerzos de armonización tanto en el nivel multilateral, como regional.

Ahora bien, la implementación del ADPIC exigía cambios en las legislaciones sobre propiedad industrial; en algunos casos exigió cambios relativamente pequeños, en otras precisó una actividad normativa completamente nueva. En vista de aquello, y considerando que los países de la región andina forman parte de un proceso de integración subregional, que poseen normas comunitarias dotadas de las prerrogativas del derecho comunitario: primacía, efecto directo y aplicabilidad inmediata, con miras a no vulnerarla, se vieron forzados a reformar el Régimen Común de Propiedad Industrial (Decisión 344), adecuándolo conforme a los paradigmas del ADPIC; como resultado de esta labor se da nacimiento a la Decisión 486 que entró en vigencia el 1 de diciembre de 2000. En el caso del Régimen de Derechos de Autor, no fue necesario, ya que en el momento en que se dictó (1993) se consideró las legislaciones internas de los Países Miembros, y la tendencia actual predominante de mayor protección al derecho de autor y los derechos conexos.

Pedro Roffe y Maximiliano Santa Cruz, nos ilustran los cambios más importantes introducidos en el ADPIC en relación a los anteriores tratados multilaterales en materia de propiedad intelectual y que sintetizamos de la siguiente manera: En el campo de las patentes, en el Convenio de París los Países Miembros tenían un importante nivel de maniobra a nivel nacional, ya que tenían la absoluta libertad de definir la materia patentable y en consecuencia excluir ciertos sectores tales como los químico-farmacéuticos, de la concesión de patentes ya sea como productos o procedimientos, aspecto que con el Acuerdo cambia, pues se establece que la protección se otorga a todas las invenciones (sin discriminación alguna) con posibilidades de exclusiones limitadas; de igual forma se establece un plazo de protección de 20 años, situación opuesta al Convenio de París que daba completa libertad a los países para determinar el plazo de duración de tales derechos; se establece una regulación pormenorizada para el otorgamiento de licencias obligatorias, incorporando por lo menos 14 condiciones; los programas de ordenador se protegieron como obras literarias, lo que permitió una protección de 50 años después de la muerte del autor; las bases de datos fueron incorporadas como objeto de protección de derecho de autor; el ADPIC significó un reconocimiento de los derechos exclusivos de arrendamiento para grabaciones musicales y de programas de computación a través del cual se otorgaba al

titular la facultad de evitar que su obra fuera arrendada, de igual manera, en materia de marcas, al definir en lo que consistía marcas de comercio y de servicio, se extendió la protección a estos últimos; introdujo estándares mínimos de protección para las indicaciones geográficas (el Acuerdo de Lisboa que regulaba dicho instituto tenía menos de 20 países Miembros); en relación a los dibujos industriales se otorgó protección por diez años (plazo que anteriormente no existía); se introdujo la obligatoriedad de incorporar circuitos integrados (al momento de las negociaciones pocos países contaban internamente con tal regulación), estableciendo además un plazo de protección de 10 años para éste, y el derecho de prohibir el comercio de productos que incorporan el diseño de circuitos integrados; las normas relativas a la observancia de los derechos de propiedad intelectual en el ámbito internacional fue novedosa y básicamente consiste en la obligación de los Estados de otorgar a los tribunales nacionales los medios adecuados para garantizar los derechos conferidos en el ADPIC.³⁰⁶

En efecto *“La llegada del ADPIC, al exigir un enfoque más coherente en los diferentes campos tecnológicos, ha reducido las opciones disponibles para los legisladores [...] Sin embargo, estos legisladores todavía cuentan con una serie de herramientas, aunque algunas hayan quedado un tanto debilitadas por el ADPIC”*.³⁰⁷ Ciertamente, cabe reconocer que pese a la considerable disminución de los márgenes de maniobra que implica la llegada del ADPIC, todavía mantiene flexibilidades importantes que en algún sentido posibilita a los países a utilizarla en su propia legislación en el propósito de alcanzar el desarrollo económico y social.

No obstante, si bien el sistema multilateral representado por el ADPIC constituye un desafío para los Países en Desarrollo en cuanto a la elección e implementación de sus políticas, los acuerdos bilaterales representan un mayor riesgo, porque los márgenes de flexibilidad que establecen las normas ADPIC tienden a disminuir aún más: Se trata de las normas acordadas a través de negociaciones bilaterales, donde *“han tenido como resultado acuerdos en los que los criterios de protección sobrepasan los niveles establecidos en la esfera multilateral y amenazan seriamente la libertad de los países para adaptar la propiedad intelectual a sus objetivos de política gubernamental”*.³⁰⁸ Con los Tratados bilaterales, el problema para los formuladores de

³⁰⁶ P. Roffe y M. Santa Cruz: 2006, P. 26.

³⁰⁷ C. Correa, 2005: P. 285

³⁰⁸ *Ibíd.* M. Oliva, 2009: P. 48. Este tipo de acuerdos, son consecuencia de la política comercial adoptada por los países (entre algunos países latinoamericanos que celebraron acuerdos de libre comercio se encuentran Centroamérica, Chile, Colombia, México, Panamá, Perú y República Dominicana), en donde la inversión extranjera y el comercio internacional juegan un rol vital en su modelo de desarrollo (J. Amigo, 2008: P. 382)

políticas se agrava debido a las tendencias a la reducción de los ya menguados grados de libertad de políticas posteriores a la firma del ADPIC implicando por tanto la consecuente limitación al rendimiento de los esfuerzos de los países en desarrollo destinados a impulsar su potencial innovador.³⁰⁹

No cabe duda, y es la afirmación de muchos autores como Maximiliano Santa Cruz, Álvaro Díaz, J. Amigo, Sercovich, Pedro Roffe entre otros, que todos los Acuerdos de Libre Comercio que contienen disposiciones de Propiedad Intelectual son los más significativos en cuanto al impacto sobre la normativa multilateral. Precizando aún más Pedro Roffe y Maximiliano Santa Cruz nos mencionan que dentro de los Acuerdos de Libre comercio, los acuerdos Norte - Sur, parecieran ser más eficaces que los acuerdos de tipo Sur – Sur, porque en los primeros, los países pueden integrar economías con distintas capacidades tecnológicas y generalmente originan mercados de mayor envergadura.³¹⁰

Efectivamente, la mayoría de tratados Norte-Sur en donde los actores principales son Estados Unidos, Unión Europea, EFTA, Canadá y Japón, no sólo abarcan prácticamente todos los temas de propiedad intelectual regulados por el ADPIC (exceptuando circuitos integrados, que no son materia de regulación) sino que además incorporan una serie de categorías jurídicas no contempladas en otros acuerdos multilaterales, regionales y/o bilaterales, pero además, los tratados bilaterales, superan enormemente los niveles de protección del ADPIC, y no solamente en cuanto a los estándares en cada categoría de propiedad intelectual, sino también en materia de observancia.³¹¹

Como prueba de ello, señalaremos algunos ejemplos, sin embargo, cabe mencionar primero, que para su mejor entendimiento dividimos los acuerdos en dos partes:

1.1. Normas Generales.

Dentro de estas se hallan principalmente las obligaciones que tienen los Estados Parte de aprobar y ratificar Tratados Internacionales relacionados con la Propiedad Intelectual y/o hacer mejores esfuerzos con miras a adoptarlos; acuerdos que en muchos casos pueden no adecuarse a las realidades y circunstancias económicas y sociales de los países en desarrollo. Ejemplos:

El Acuerdo **Chile-Unión Europea** (firmado en 2002, entró en vigor a partir de 2003) contiene un capítulo especialmente para contraer obligaciones de adhesión a acuerdos

³⁰⁹ F. Sercovich, 2008: P. 13

³¹⁰ P. Roffe y M. Santa Cruz, 2006: P. 10

³¹¹ *Ibíd.* P. 38

multilaterales: establecieron plazos para adherirse entre otros al Tratado de Cooperación en materia de Patentes de 1970 (PCT), Tratado sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas de la OMPI de 1996 (TOIEF), Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento de Depósito de Patentes de Microorganismos a los Fines del Procedimiento en materia de Patentes de 1977, el Tratado sobre el Derecho de Marcas (TLT) (Art. 170).

En el Acuerdo **EFTA**³¹²-**México** (firmado en 1997, en vigor desde 2000), por ejemplo los países se comprometieron a adherirse a tratados tales como el de Budapest, el Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de Marcas (de 1977, modificado en 1979), a cualquiera de las actas de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV de 1978 o de 1991) (Art. 1701.3).

También tomamos como ejemplo el Acuerdo **EE.UU.-Centroamérica-República Dominicana** (CAFTA-RD) donde las partes se obligaron a adherirse entre otros al Tratado de Budapest, al Convenio sobre Distribución de Señales Satelitales Portadoras de Programas Transmitidas por Satélite, al TLT, al Convenio UPOV de 1991 (Artículo 15.1).

Por último, en lo que respecta a los Acuerdos de Libre Comercio celebrados por Colombia y Perú con Estados Unidos, en la parte general se establecieron una serie de compromisos de ratificación de tratados internacionales, tales como, el Convenio sobre la Distribución de señales Portadoras de programas Transmitidas por satélite, el Tratado de Budapest, el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales de 1991.³¹³

Sin duda los dos primeros acuerdos representan la incorporación de temas nuevos al ADPIC (la protección que otorga éste último no alcanza a dichas categorías), y además a nuestro juicio es evidente que la adhesión a tales tratados está direccionada a proteger los intereses del país desarrollado, baste para ellos considerar la capacidad tecnológica de los países andinos.

En cuanto al Convenio de la UPOV, según gran parte de la doctrina, se considera que dicho acuerdo suministra un estándar de protección diseñado con vistas a los sistemas de comercialización agrícola de los países desarrollados, y ello se puede inferir fácilmente de los criterios de exigibilidad para la otorgación de tales derechos; en efecto para la concesión del certificado de obtención vegetal, *“Si bien exigen novedad y diferenciación, los criterios*

³¹² Son parte del EFTA Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza.

³¹³ El resto de acuerdos sujetos a compromiso de adhesión son: el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (1996); el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (1996); el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (1970), y enmendado en 1979; y el Tratado sobre el Derecho de Marcas (1994).

*adoptados son más bien laxos en cuanto a innovación (no obviedad) y utilidad (aplicabilidad)*³¹⁴, permitiendo de esta forma proteger variedades con características muy similares manejadas por criterios eminentemente comerciales y no impulsando mejoras genuinas de características agronómicas.³¹⁵

Por otro lado, al exigir los requisitos de homogeneidad y estabilidad, se reconoce implícitamente que se privilegia la uniformidad, excluyendo por tanto las variedades locales desarrolladas por agricultores que son más heterogéneas y menos estables. Por último entre los varios aspectos que cabría considerar, la UPOV de 1991, no permite la venta e intercambio informal de semillas, situación que constituye una generalidad en el entorno de los países andinos, que reutilizan, intercambian o venden las semillas de manera informal a sus vecinos.³¹⁶

Consideramos que se trata de acuerdos bilaterales en donde hay una asimétrica desproporción que obliga a nuestros países a aceptar normas que favorece a sus intereses, obligándonos a aprobar tratados internacionales, muchos de ellos ajenos a nuestras realidades y circunstancias, pero no ceden de ninguna forma para dar cabida al desarrollo de nuestros países, un ejemplo claro es que dentro de las normativas a ratificar no se toman en cuenta el Convenio de Diversidad Biológica, acuerdo muy importante para una distribución equitativa de los recursos genéticos.

1.2. Normas específicas.

Regulan a detalle todos los aspectos relacionados a la Propiedad Intelectual, que en muchos casos conceden una mayor protección que el ADPIC e introducen nuevas formas de protección instituyendo figuras jurídicas sui generis no contempladas por el acuerdo multilateral mencionado. Dentro de este ámbito podemos observar por ejemplo:

En el **NAFTA** (firmado en 1992, en vigor desde 1994), en cuanto al plazo de duración de las marcas se amplía el plazo a 10 años (Art. 1708.1.), a diferencia del ADPIC que sólo prevé 7 años (Art. 18); se establece la extensión del plazo de patentes, con la finalidad de compensar retrasos originados en procedimientos administrativos de concesión (Art. 1709.12) a diferencia del ADPIC que prevé un plazo de 20 años (Art. 33). En NAFTA, a diferencia del ADPIC se incorpora la protección de señales de satélite codificadas portadoras de programas (Art. 1707); de la misma forma en lo que refiere a las informaciones no divulgadas referidas a los

³¹⁴ Sercovich 2006: P. 26

³¹⁵ C. Correa, 2005: P. 173

³¹⁶ *Ibíd.* P. 173-177.

medicamentos y agroquímicos, se establece una protección temporal de 5 años para productos farmacéuticos y 10 para agroquímicos (Art.1711.5) a diferencia del ADPIC que no contempla plazo de protección alguno (Art. 39.3).

En el Acuerdo **EFTA-México** en materia de indicaciones geográficas en el ADPIC sólo se contempla la protección a productos (Art. 22.3), pero en virtud del Acuerdo la protección se extiende a los servicios (ANEXO XXI Art. 3.2), para los dibujos y modelos industriales, en el ADPIC se establece un plazo de protección de 10 años (Art. 26.3), en virtud del Acuerdo el plazo se amplía a 15 años (ANEXO XXI Art. 3.4).

En el Acuerdo **EFTA-Chile** (firmado en 2003, en vigor desde 2004), en materia de información no divulgada se instituye un período de exclusividad de 5 años para productos farmacéuticos y 10 años para agroquímicos (ANEXO XII Art. 4.1). De la misma forma en materia de patentes se prescribe la prórroga del plazo de protección para compensar al titular por demoras no razonables (ANEXO XII Art. 3 inc. b)); en el caso de los dibujos y modelos industriales se amplía el plazo a 15 años (ANEXO XII Art. 5).

Ahora bien, en lo que refiere a Estados Unidos se analizarán los Tratados de Libre Comercio celebrados con Colombia y Perú, pero además se hará referencia a Chile considerando que éste ha servido de modelo para los posteriores acuerdos como el CAFTA-RD, y con los países andinos³¹⁷; y también conviene desde ya mencionar que los TLCs celebrados por Estados Unidos además de fijar estándares más estrictos que el ADPIC y la Decisión 486, incluyen protección a nuevas materias.

En lo referente a las patentes, cabe señalar que aunque el ADPIC y la Decisión 486 sólo establecen un período de 20 años de protección, en los Acuerdos de Colombia y Perú al igual que los Tratados de Libre Comercio celebrados por Estados Unidos con Chile, el CAFTA-RD, una de las modificaciones sustanciales se centró en contemplar la posibilidad de extender el período de protección de la patente con el fin de compensar retrasos originados en los procedimientos administrativos de concesión³¹⁸ (Art. 16.9.6 inc. b)).

³¹⁷ Jorge Mario Martínez Piva. (Coord.) Generación y protección del conocimiento: propiedad intelectual, innovación y desarrollo económico, México, Naciones Unidas, 2008. P. 23

³¹⁸ En ambos acuerdos se establecen prórrogas, pues estipulan la obligación de compensar los atrasos Administrativos “irrazonables” de más de cinco años en la tramitación de una patente mediante la ampliación del período de vigencia de la protección. En ambos acuerdos se estipula que una demora irrazonable en la emisión de la patente es aquella superior a cinco años a partir de la fecha de presentación de la solicitud, o tres años después del requerimiento de examen de la solicitud, cualquiera que sea el posterior.

En lo que respecta a la información confidencial sobre seguridad y eficacia de los productos farmacéuticos y agroquímicos que se entrega a las autoridades para obtener la aprobación de comercialización de estos productos (datos de prueba) a diferencia del ADPIC y la Decisión 486 que no instituyen la protección temporal de los datos de prueba (art. 266), en los Acuerdos de Libre Comercio se establecen períodos de tiempo de protección: cinco y diez años respectivamente (Artículo 17.10. núm. 1 y 2).³¹⁹

De la misma forma, al igual que el TLC con CAFTA-RD, se introduce una cláusula controvertida en virtud del cual se intenta proteger materia viva; si bien el acuerdo no incorpora la obligación expresa de proteger plantas, incluye la cláusula de mejor esfuerzo para proteger mediante patentes a los dueños de plantas que sean nuevas, entrañen nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial.³²⁰ Recordemos que el ADPIC, establece como una facultad de los Estados excluir de las patentes a las plantas y animales (Art. 27 núm. 3 inc. b)) y utilizando dicha flexibilidad la Decisión 486 la excluye del ámbito de protección (Art. 20 inc. c).

De la misma forma, se puede observar que en derechos de autor los TLCs celebrados por Perú y Colombia (al igual que el TLC con Chile y DR-CAFTA), a diferencia del ADPIC (Art. 14. 5) y la Decisión 351 (Art. 18 y 36), le adicionan 20 años más al plazo de 50 años de protección de los derechos de autor; igual extensión se concedió a los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas (Art. 16.5.4 y 16.6.7).

Entre los aspectos novedosos, podemos mencionar por ejemplo en la regulación de la elusión de medidas tecnológicas, para proteger obras, interpretaciones, ejecuciones y fonogramas amparados por derechos de autor y derechos conexos, dado que los acuerdos establecen reglas estrictas, pues determinan sanciones de tipo civil para los actos dolosos con objetivos comerciales prohibidos, y de tipo penal por la fabricación, distribución, venta o arriendo de aparatos, productos, o componentes que sirven para eludir medidas tecnológicas efectivas que controlan el acceso y los derechos exclusivos de obras o fonogramas (Art. Artículo 16.7 núm. 4); también la regulación de los nombres de dominio en internet pueden ser considerada nueva,

³¹⁹ Similares plazos de protección son otorgados en el tratado con Chile (Artículo 17.10.1), Singapur (artículo 16.8.1), Australia (artículo 17.10.1(a) y (b)).

³²⁰ En el TLC EE.UU-Chile, fue más rígido, ya que se previó un plazo determinado para comenzar con dicha labor. Artículo 17.9 núm. 2). “Cada Parte realizará esfuerzos razonables, mediante un proceso transparente y participativo, para elaborar y proponer legislación dentro de cuatro años desde la entrada en vigor de este Tratado, que permita disponer de protección mediante patentes para plantas a condición de que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial”

dichas disposiciones “*regulan la solución de diferencias y la transparencia en la administración de los dominios de nivel superior de país*”³²¹ (Art. 16.4), y de la misma forma puede considerarse nueva la limitación de responsabilidad de los proveedores de servicios por Internet (Art. 16.11 Núm. 29); en los acuerdos también se instituye la protección de señales satelitales portadoras de programas codificados (Art. 16.8).

En el tema de marcas “*El Acuerdo establece que las marcas incluyen a las marcas colectivas, las de certificación y las sonoras, pudiendo incluir indicaciones geográficas y marcas olfativas de productos comerciales. Esto significa que habrá al menos tres categorías de marcas protegidas: colectivas, de certificación y sonoras. Pero hay dos categorías en las que la protección no es obligatoria: las indicaciones geográficas y las marcas olfativas. En este sentido, el Acuerdo va más allá del ADPIC, ya que éste no obliga a proteger las marcas de certificación ni las sonoras*”³²², sin embargo, al respecto cabe mencionar que no va más allá de la Decisión 486 que ya contempla estos supuestos jurídicos.

En lo que refiere a la observancia del acuerdo, es importante resaltar que las limitaciones al margen de acción de las políticas en materia de propiedad intelectual se hallan reflejadas en que muchas de las sanciones que fueron facultativas en el ADPIC, en los acuerdos son obligatorias³²³; como nos hacen mención Pedro Roffe y Maximiliano Santa Cruz, “*Entre las materias más innovadoras respecto del ADPIC, está el compromiso de contemplar indemnizaciones por daños preestablecidos, al menos para infracciones a los derechos de autor y conexos y para marcas. Además, en casos civiles, las autoridades estarán facultadas para destruir los materiales e implementos que se hayan utilizado en la fabricación de los materiales infractores*”³²⁴ (Art. 16.11). En la Decisión 486 si bien se establecen mecanismos para la adopción de las medidas necesarias para evitar la continuación o la repetición de la infracción, incluyendo la destrucción de los productos, materiales o medios infractores (Art. 241 lit. f)), no contempla las indemnizaciones por daños preestablecidos.

En lo que respecta a medidas en frontera, los Acuerdos también van más allá que el ADPIC y la Decisión 486. El ADPIC las prevé, incluidas medidas de actuación de oficio (si el país miembro lo permite), empero sólo para combatir la importación de marcas falsificadas y

³²¹ P. Roffe, 2008: P. 146

³²² *Ibíd.* P. 147

³²³ *Ibíd.* P. 151

³²⁴ P. Roffe y M. Santa Cruz, 2006, P. 44. Al respecto podemos comparar los el Artículo 17.11. núm. 7-14 de los Acuerdos con relación al Artículo 42 del ADPIC.

artículos piratas. En cambio, la aplicación de medidas en frontera a bienes exportados y a bienes en tránsito es facultativa³²⁵ (Art. 51 y 58). Si bien la aplicación de la Decisión 486 alcanza además de los bienes importados a los exportados, no prevé la posibilidad de aplicar medidas en frontera para aquellos bienes o servicios que se encuentren en tránsito en el País Miembro; pero además establece que la facultad de actuar de oficio depende de la legislación interna de los países (Art. 250). En cambio, en los TLCs celebrados con Perú y Colombia (al igual que con Chile) se prevé explícitamente las actuaciones de oficio, para inspeccionar bienes importados, de exportación y **en tránsito** (Art. 16.11 núm. 23).

De todas las obligaciones contraídas por los países, debemos reconocer que si bien en el conjunto normativo del acuerdo existen cláusulas que en su mayoría tienden a profundizar la protección de los derechos de propiedad intelectual ya establecidos en el ADPIC, también aunque de forma reducida existen normas positivas para los países en desarrollo, prueba de ello es el Art. 17.9.4. que permite invocar la Excepción Bolar; por su importancia dicha excepción será analizada más adelante sin embargo, nos permitimos mostrar lo dispuesto en los acuerdos:

“si una Parte permite que una tercera persona use la materia protegida por una patente vigente para generar la información necesaria para apoyar la solicitud de aprobación para comercializar un producto farmacéutico o químico agrícola, esa Parte dispondrá que cualquier producto producido en virtud de dicha autorización no será fabricado, utilizado, vendido, ofrecido para venta, o importado en el territorio de esa Parte con fines diferentes a los relacionados con la generación de información, para cumplir los requerimientos de aprobación de comercialización del producto una vez expire la patente, y si la Parte permite la exportación, el producto sólo será exportado fuera del territorio de esa Parte para propósitos de cumplir los requisitos de aprobación de comercialización de esa Parte” (Art. 16.9.5).

Como podemos observar, la firma de acuerdos comerciales celebrados con Estados Unidos supone la aplicación obligatoria de normas de Propiedad Intelectual mucho más estrictas que las acordadas en el ADPIC de la OMC. Las normas ADPIC, fueron el techo en cuanto a la observancia de derechos de propiedad intelectual, sin embargo, los TLCs de Estados Unidos implican una mayor profundización de las normas multilaterales. Si tan sólo nos fijamos en la “Trade Act” (Ley de Comercio) de 2002, caeremos en cuenta que uno de los principales

³²⁵ P. Roffe, 2008: P. 152

objetivos de las negociaciones de Estados Unidos en el ámbito de Propiedad Intelectual, relacionada con el comercio, es asegurar que las disposiciones de cualquier acuerdo comercial o multilateral o bilateral sobre derechos de propiedad intelectual suscrito por Estados Unidos refleje un nivel de protección similar al establecido en la legislación estadounidense³²⁶, propendiendo de esta forma a mejorar la balanza comercial en ciertas industrias estadounidenses como el software, música, películas y productos farmacéuticos.

Bajo nuestra concepción, siguiendo la tendencia de una parte de la doctrina, entre el establecimiento de estándares multilaterales y acuerdos regionales y y/o bilaterales, es preferible el primero, porque en principio, la capacidad negociadora de nuestros países en desarrollo, sumados los de menor desarrollo aunque desigual, está compensada por la ventaja numérica y la capacidad de formar alianzas. De otro lado, existe el riesgo de que los acuerdos regionales/bilaterales perjudiquen los fundamentos del sistema multilateral, limitando por ende de principios, flexibilidades y excepciones establecidos en el ADPIC.³²⁷

Sin embargo, los hechos reflejan una realidad, y es que nuestros países pese a los incumplimientos de los países desarrollados de las normas multilaterales en relación al acceso de mercados que favorecen a los países en desarrollo, nuevamente en procura de obtener mercados preferenciales a cambio de una mayor profundización de las normas multilaterales vigentes, olvidan los objetivos de desarrollo sostenido a mediano y largo plazo.

Una mayor profundización de los derechos de propiedad intelectual, per se no implica transferencia de tecnología³²⁸, nos parece equivocado buscar una relación simple y unívoca entre la fuerza de protección de los DPI y el desarrollo de la actividad innovadora, pues como nos advierte Sercovich, *“Sin la formación de capacidades domesticas, poco es el provecho que los países receptores podrían extraer. Esto plantea una cuestión de prioridades y secuencias. El*

³²⁶ Trade Act 2002. HR3009. SEC. 2102. Trade negotiating objectives inc. b) num.4) inc. a). II. Disponible en http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=107_cong_bills&docid=f:h3009enr.txt.pdf

³²⁷ C. Correa, 2005, P. 393

³²⁸ Al respecto Pedro Roffe menciona que *“Las reformas y cambios legislativos se han hecho bajo el supuesto que la propiedad intelectual conlleva per se progreso técnico, acceso al conocimiento y mayor creatividad. La evidencia empírica y la experiencia histórica sugieren precisamente lo contrario: el desarrollo económico y el avance tecnológico, conllevan la necesidad de adaptar los sistemas de propiedad intelectual a estos nuevos niveles de desarrollo. La evidencia histórica sugiere el tránsito normal de regímenes más flexibles de protección hacia sistemas más sofisticados. La dificultad con las tendencias actuales es que impiden a los países seguidores tecnológicamente utilizar y recurrir hoy a políticas que los líderes tecnológicos utilizaron ayer, por cierto, con mucho éxito”* Pedro Roffe *“América Latina y la nueva arquitectura internacional de la propiedad intelectual: de los ADPIC-TRIPS a los nuevos tratados de libre comercio”*, 2006, P. 11, 10-10-09, disponible en www.ciu.com.uy/innovaportal/file/674/1/145_roffe.pdf

*alcance y efectividad de estímulos que los DPI den a la movilización de la actividad inventiva e innovadora local dependen del nivel de desarrollo de las respectivas capacidades y de la maduración de sus sistemas de innovación*³²⁹.

En efecto, el rol de los Derechos de Propiedad intelectual no funciona de manera independiente³³⁰, sino va íntimamente vinculado a una serie de medidas nacionales como la actividad inventiva e innovadora local, además de mecanismos ya mencionados anteriormente tales como la inversión en investigación y desarrollo, la formación de capital humano, la regulación de la competencia, al igual que la creación de una institucionalidad efectiva que garantice el cumplimiento de las políticas establecidas. Por ello es necesario que los derechos de propiedad intelectual estén adecuadamente adaptados a sus realidades y circunstancias.³³¹ Sin embargo, debido a que nuestros países (Colombia y Perú) en estos últimos años, optaron por un modelo basado en la promoción de exportaciones y atracción de Inversión Extranjera Directa, ahora se encuentran en un reto mayor de diseñar e implementar políticas destinadas al desarrollo científico y tecnológico.³³²

Podemos aseverar que el plan de Estados Unidos a partir de los Tratados de Libre Comercio celebrados con Colombia y Perú no es apoyar y coadyuvar al reforzamiento del proceso de integración subregional, y más al contrario, lo que hace es crear condiciones de debilitamiento. Como afirmaría Baldo Kesalja *“la firma del TLC con los EE.UU. ha significado un intencionado boicot a los esfuerzos de integración andinos y sudamericanos, a lo que se*

³²⁹ F.C. Sercovich *“Tratados de libre comercio, derechos de propiedad intelectual y brecha de desarrollo: dimensiones de política desde una perspectiva latinoamericana”* Serie No. 100, México, Naciones Unidas, 2008, P. 9. Desde el punto de vista del autor, La forma de eliminar las brechas tecnológicas, es a través de la priorización de la formación de las capacidades locales, particularmente del desarrollo de sistemas locales públicos y privados de conocimiento que ataquen los déficit sistémicos que adolecen; incorporar la capacidad de negociación disponible en ese empeño y emprender cambios institucionales (que incluye los regímenes jurídicos) requeridos por sus propias circunstancias. Dichos cambios deben articular organizadamente las distintas áreas de compromiso para con la OMC.

³³⁰ Como dice Bianchi, el alcance de las políticas públicas en propiedad intelectual tiene dos ámbitos *“el nivel macro define los derechos (entitlements) de quienes pueden participar en el juego, crea el sistema normativo que gobierna la conducta de los actores y sanciona a los “evasores” y los abusos de quienes ocupan posiciones dominantes [...] El nivel micro define las capacidades (capabilities) de los actores en la arena económica, lo que significa que las políticas micro no sólo incluyen a las firmas locales, sino también a las instituciones educativas, infraestructura, etc.”*. En J. Mario Piva coord.: 2008, P. 79.

³³¹ Para mayor información acerca del funcionamiento, estructura, objetivos del desarrollo local, ver Jorge Mario Martínez Piva, *“la Protección de los derechos de propiedad intelectual, la innovación y el desarrollo”* en Jorge Mario Martínez Piva (Coord.), *Generación y protección del conocimiento: propiedad intelectual, innovación y desarrollo económico*, México, Naciones Unidas, 2008, P. 62 y siguientes

³³² La lógica del sistema basado en la promoción de exportaciones y atracción de Inversión Extranjera Directa es la competencia mundial, donde se premian a las grandes empresas con madurez para producir con estándares internacionales.

adiciona la estrechez de márgenes que deja para concebir y concretar una política de desarrollo propia. El TLC es desde esta perspectiva un “candado”, un “ancla”, a las políticas económicas generadas en el Consenso de Washington por los neoliberales, así como una rendición incondicionada a las futuras decisiones políticas del gobierno de los EE.UU. en lo que a tecnología e industrias culturales se refiere. Igualmente es una expropiación a nuestras aspiraciones futuras, al impedirnos realizar lo que ellos, y otros países y sociedades más desarrolladas hicieron cuando lo creyeron conveniente a sus intereses”.³³³ Es obvio que los Estados Unidos a través de un Tratado bilateral no buscan que el “libre comercio” se dé, sino más al contrario, buscan y consiguen una ventaja comercial, para sus industrias, sin importar que se den o no condiciones equitativas, sin tomar en cuenta el desarrollo sostenible de los países como los nuestros. Desde nuestra óptica, siguiendo a Marco Romero, el TLC celebrado con Estados Unidos genera sectores ganadores que serán las grandes empresas transnacionales estadounidenses³³⁴, dotadas de ventajas competitivas por su desarrollo tecnológico y científico, las escalas de producción, las redes globales de producción y distribución entre otros, y los grandes perdedores serán esencialmente las industrias manufactureras colombianas y peruanas, que perderán espacios³³⁵ en el comercio de bienes y servicios no sólo a nivel nacional, sino también a nivel regional y global, a ello debemos agregar que además perderá la sociedad misma de dichos países, porque la normativa bilateral aumenta las brechas de conocimiento, establece normas con efecto perverso para la salud y el progreso técnico, y peor aún es que dichos efectos serían constantes en el tiempo, debido a que el tratado de libre comercio consolida la especialización de los países de la región andina en rubros declinantes o estancados del mercado mundial, y con ello las posibilidades de nuestros países para impulsar el desarrollo sostenible serán mínimas.³³⁶ La opción de los acuerdos bilaterales con Estados Unidos, en definitiva, son la peor elección en el marco de la globalización, pues se sigue el juego estadounidense, de

³³³ Baldo Kresalja citado en Rubén D. Espinoza Carrillo, Propiedad Intelectual y medicamentos, Lima, Américo Vespucio, 2009. P. 12.

³³⁴ Del análisis realizado por Pedro Roffe y Maximiliano Santa Cruz en relación al tema, mencionan que “en los exámenes que hace el International Trade Commission sobre el impacto de los acuerdos de libre comercio, se deja en evidencia que ellos aparejan per se beneficios para las empresas estadounidenses y para la economía de los EE.UU., en general, en virtud de mayores ingresos por concepto de regalías y comisiones vinculadas al licenciamiento de derechos sobre la PI” P. Roffe y M. Santa Cruz, 2006: P. 64

³³⁵ Marco Romero, “Alca y los Tratados de Libre Comercio (TLC): Significación histórica, alcances y desafíos para la integración andina” en Miguel Eduardo Cárdenas Rivera (Coord.), El futuro de la integración andina, Bogotá, Fondo Editorial CEREC, 2004: P. 162

³³⁶ *Ibíd.* P. 165

consolidar sus patrones de especialización, de encuadrarnos en su estrategia geopolítica, y alejarnos de nuestras propias opciones integracionistas.³³⁷

De lo visto hasta ahora, podemos inferir que para los países andinos, los TLCs celebrados con los Estados Unidos, no son simples instrumentos comerciales, sino que establecen reglas comerciales que comprometen de manera alarmante las políticas nacionales de desarrollo de largo plazo, debilitando además el esquema de integración hasta ahora vigente.

2. De los Acuerdos de Libre Comercio a las Decisiones 632 y 689.

Hasta antes de la firma de los Acuerdos de Libre Comercio por parte de Perú y Colombia³³⁸ gran parte de sus exportaciones se beneficiaban del mecanismo de trato preferencial³³⁹ que les otorgaba Estados Unidos, empero dada su naturaleza unilateral, dicha situación provocaba constante incertidumbre respecto de su renovación. Sin duda, esta y otras consideraciones condujo a ambos países a la firma del Acuerdo de Promoción Comercial. Sin embargo, aquella decisión implicaría una serie de costos que pueden afectar la sostenibilidad de sus políticas de desarrollo y debilitar los procesos de cooperación en curso con los países vecinos³⁴⁰; en efecto, a cambio del ingreso con menores restricciones al mercado estadounidense, los países andinos tuvieron que comprometerse a elevar sus niveles de protección a los derechos de propiedad intelectual a estándares mucho más exigentes que los establecidos en el ADPIC³⁴¹. No cabe duda de que aquél acto para países en vías de desarrollo como los andinos, representa un gran peligro, ya que tiende a vulnerar y/o debilitar enormemente el margen de maniobra en las políticas que no sólo atentan contra el desarrollo tecnológico y científico, sino que también pueden afectar áreas muy sensibles como la salud y el acceso a medicamentos.

³³⁷ G. Umaña, 2005: P. 127

³³⁸ Las negociaciones del acuerdo entre Estados Unidos y 3 de los países andinos (Colombia, Ecuador y Perú; en el caso de Bolivia, participó como observador. Venezuela se opuso a la negociación) de manera conjunta empezó en mayo de 2004, sin embargo, después de un año y medio (18 meses) de negociaciones, los andinos decidieron negociar de manera individual. Las negociaciones del TLC con Colombia concluyeron en febrero de 2006, y con Perú en abril del mismo año. (Informe de Oxfam “Por qué los TLCs de Estados Unidos con los países andinos socavan el desarrollo sostenible y la integración regional” Cantos de Sirena, Junio de 2006. P. 4)

³³⁹ Entre 1991 y 2001 estuvo vigente la Ley de Preferencias Arancelarias Andinas (ATPA) otorgadas por Estados Unidos de manera unilateral en virtud del cual se establecía un régimen de excepción de pago de aranceles del pago de aranceles a 5500 partidas a favor de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú por su condición de países pobres y productores de coca, a cambio del compromiso de estos países de apoyar en la lucha contra el tráfico de Drogas. A partir de 2002, Estados Unidos promulgó la Ley de Promoción Comercial Andina y Erradicación de Drogas (ATPDEA) por un período de cinco años y con el mismo propósito. Rubén D. Espinoza Carrillo, Propiedad Intelectual y medicamentos, Lima, Américo Vespucio, 2009. P. 16

³⁴⁰ Informe de Oxfam “Por qué los TLCs de Estados Unidos con los países andinos socavan el desarrollo sostenible y la integración regional” Cantos de Sirena, Junio de 2006. P. 2

³⁴¹ Rubén D. Espinoza Carrillo, Propiedad Intelectual y medicamentos, Lima, Américo Vespucio, 2009. P. 15-16.

La Comunidad Andina, desde sus inicios dio importancia trascendental a la propiedad intelectual, al igual que a las inversiones, en la consideración de que ambas constituyen instrumentos de desarrollo económico y tecnológico que redundan en el bienestar social, por ello, ya en el Acuerdo de Cartagena disponían que se establecieran regímenes comunes. Ahora bien, como vimos en Propiedad Intelectual, se comenzó con dicha labor a partir de 1974 con la Decisión 85 hasta llegar al año 2000 con la Decisión 486, dicha normativa al ser parte del ordenamiento comunitario es de carácter vinculante y goza de primacía, efecto directo y aplicabilidad inmediata frente a los ordenamientos internos de sus miembros. Si bien cada país tiene la prerrogativa de establecer sus disposiciones nacionales, éstas deben ser conforme a lo estipulado en la normativa andina.

Ahora bien, tomando en cuenta que tanto Colombia como Perú, suscribieron acuerdos de Libre Comercio con Estados Unidos, y como condición necesaria para su puesta en vigencia ambas necesitaban adecuar sus legislaciones conforme a los TLCs suscritos, ya que muchas de las disposiciones que contenían en tales acuerdos eran contrarias con la Decisión 486, para que ambos países pudieran promulgar sus legislaciones internas adecuadas al TLC, estaban obligados a obtener la modificación del Régimen Común de Propiedad Industrial de la Comunidad Andina, ya que en su defecto se verían obligados a retirarse de la Comunidad Andina.

Es así, que a unos días de la culminación de la negociación entre Perú y Estados Unidos³⁴² el 6 de abril de 2006, la Comisión de la Comunidad Andina emite la Decisión 632 con motivo de la aclaración del Art. 266 de la Decisión 486, que facultaba a los Países Miembros tomar las medidas para garantizar la protección consagrada a los datos de prueba de los productos farmacéuticos y agroquímicos, contra los usos comerciales desleales.³⁴³ La Decisión 632, prescribía que el País Miembro que así lo considere, podía incluir dentro de sus medidas el establecimiento de plazos para la protección de los productos regulados (información no divulgada de productos farmacéuticos o de productos químicos agrícolas)³⁴⁴.

³⁴² El Acuerdo de Libre Comercio entre Perú y Estados Unidos se suscribió el 12 de abril de 2006. En el caso de Colombia, la suscripción del Acuerdo con Estados Unidos el 27 de febrero de 2006.

³⁴³ El ADPIC con la expresión de usos comerciales desleales o deshonestos se refiere a “*prácticas tales como el incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la instigación a la infracción, e incluye la adquisición de información no divulgada por terceros que supieran, o que no supieran por negligencia grave, que la adquisición implicaba tales prácticas*” (Art. 39.2).

³⁴⁴ La aclaración de la Decisión 632 se dio a consecuencia de que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la Sentencia 114-AI-2004, pocos meses antes se pronunciara con motivo de la emisión por parte de Colombia del Decreto 2085 el cual disponía la protección al uso de la información no divulgada por espacio de tres, cuatro y cinco años. Consideró que el Decreto 2085 de 2002 era violatorio de la Decisión 486; que si bien el artículo 266 de la

Si bien es cierto que mediante la Decisión 344, se protegía temporalmente los datos de prueba por un período de cinco años³⁴⁵, nada obstaba a que la Decisión 486 eliminara aquella prescripción legal, pues ni siquiera el ADPIC contempla la obligatoriedad de establecer plazos de protección para la información no divulgada de los productos farmacéuticos y agroquímicos³⁴⁶ y más bien deja a los países un considerable margen de maniobra para implementar la obligación contenida en relación a dichos productos.

Como nos advierte Rubén Espinosa, aunque en los considerandos de la Decisión 632, la mencionada aclaración iba en el sentido de allanar obstáculos para implementar los términos del Tratado de Libre Comercio del Perú y Colombia con Estados Unidos, pues la existencia del fallo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina producía incompatibilidades entre el ordenamiento jurídico andino y el tratado firmado con Estados Unidos.³⁴⁷ No cabe duda de que a través del Acuerdo de Libre Comercio con Estados Unidos, se elevan los estándares de protección establecidos en el ADPIC, pues resulta claro que hasta antes del Tratado, en el Perú no se protegían los datos de prueba de productos farmacéuticos debido a que los requisitos para la obtención o renovación de registro sanitario no exigían esta condición.^{348,349} En el caso de Colombia, cabe mencionar que se otorga protección temporal de los datos de prueba de

Decisión 486 autoriza a los Países Miembros a “tomar las medidas” para garantizar dicha protección, no se contempla un período expreso de protección y menos de exclusividad, por lo que resulta excesivo por parte de la República de Colombia proteger los datos de prueba conforme se establece en el Decreto 2085. Bajo esta y otras consideraciones, determina que se está violando el orden comunitario y consecuentemente declara en estado de incumplimiento a la República de Colombia.

³⁴⁵ Comunidad Andina, Decisión 344. Art. 79 “*Ninguna persona distinta a la que haya presentado los datos a que se refiere el artículo anterior podrá, sin autorización de esta última, contar con tales datos en apoyo a una solicitud para aprobación de un producto, durante un período no menor de cinco años contados a partir de la fecha en que el País Miembro haya concedido a la persona que produjo los datos, la aprobación para poner en el mercado su producto*”.

³⁴⁶ ADPIC, Art. 39 núm. 3. “*Los Miembros, cuando exijan, como condición para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos agrícolas que utilizan nuevas entidades químicas, la presentación de datos de pruebas u otros no divulgados cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable, protegerán esos datos contra todo uso comercial desleal. Además, los Miembros protegerán esos datos contra toda divulgación, excepto cuando sea necesario para proteger al público, o salvo que se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal*”.

³⁴⁷ R. Espinosa, 2009: P. 35 y 36. A criterio del autor con la Decisión 632 se consolida los éxitos de la campaña de Estados Unidos para elevar los niveles de protección de los derechos de propiedad intelectual establecidos en el ADPIC y la Decisión 486

³⁴⁸ *Ibíd.* P. 37

³⁴⁹ Para ello véase la Ley 26842, Art. 50. Decreto Ley No. 823. Art. 124-125. Dicha protección se ejerce a partir de la Ley 29316, que modifica, incorpora y regula diversas disposiciones a fin de implementar el Acuerdo de Libre Comercio Suscrito entre el Perú y Estados Unidos.

productos farmacéuticos a partir de 2002, con el Decreto 2085³⁵⁰, sin embargo, fue esta norma jurídica la que provocó que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se pronunciara en sentido opuesto a la protección temporal de los datos de prueba, y fue lo que dio lugar a la Decisión 632 por la que se da vía libre a la protección temporal de los productos regulados.

La Decisión 632 fue la antesala para una modificación mucho más amplia, que daría lugar a la Decisión 689. Es así que el 29 de enero de 2007, el gobierno del Perú presentó una propuesta de modificación de la Decisión 486³⁵¹ a la Secretaría General de la CAN y solicitó su opinión, en respuesta la Secretaría General, en fecha 4 de febrero de 2008 emitió sus análisis y comentarios en un documento oficial,³⁵² a consecuencia de ello, el 17 y 18 de marzo de 2008 se llevó a cabo la Reunión de Expertos Ad hoc, de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, donde se analizó la propuesta del Perú y se elaboró un nuevo documento³⁵³ que fue puesto a consideración de la Comisión de la Comunidad Andina.

Después de largas discusiones y reticencias, finalmente la propuesta quedó circunscrita a un número menor de artículos y a que no se modificaría la Decisión 486, con la finalidad de no obligar a todos los países; sino que simplemente se adecuaría en la legislación nacional que lo considere pertinente. De esta forma, en fecha 13 de agosto de 2008 se aprobó la Decisión 689³⁵⁴ bajo la denominación “*Adecuación de determinados artículos de la Decisión 486 – Régimen Común sobre Propiedad Industrial, para permitir el desarrollo y profundización de Derechos de Propiedad Industrial a través de la normativa de los Países Miembros*”³⁵⁵, en virtud del cual se estableció que los países miembros tenían la facultad para hacer modificaciones en sus legislaciones internas respecto de 9 artículos, y desarrollar medidas en relación a marcas; pero

³⁵⁰ Si bien los datos de prueba de la información no divulgada de los productos farmacéuticos se regula a partir del Decreto-Ley 1290 de 22 de junio de 1994, el cual es desarrollado por el Decreto N° 677 DE 26 de abril de 1995, es a partir del Decreto N° 2085 de 29 de septiembre de 2002 (Art. 3), que se otorga protección temporal de los datos de prueba de productos farmacéuticos.

³⁵¹ Para mayor información Véase el Documento de Trabajo SG/dt411, de 29 de enero de 2007 de la Comunidad Andina.

³⁵² El Documento que emitió la Secretaría General se denominó “Concepto Jurídico de la Secretaría General sobre la Propuesta del gobierno peruano para la modificación de la Decisión 486 – Régimen Común sobre Propiedad Intelectual”. Para mayor información véase el Documento de Trabajo SG/dt 413, de 4 de febrero de 2008 de la Comunidad Andina.

³⁵³ Para mayor información véase el Documento de Trabajo SG/dt411, de 11 de abril de 2008 de la Comunidad Andina.

³⁵⁴ La Decisión 689 se aprobó por mayoría, es decir, con los votos positivos de Colombia, Ecuador y Perú; Bolivia votó en contra.

³⁵⁵ Las disposiciones de la Decisión 689 constituyen mínimos que pueden ser aumentados de conformidad con las legislaciones internas de los Países Miembros.

además se determinó que para adscribirse a tal prerrogativa, el país miembro debía notificar a la Secretaría General su decisión de usar dicha facultad, caso contrario, tal derecho caducaría.

De los 4 países andinos, como es lógico, Perú y Colombia informaron a la Secretaría General de la Comunidad Andina, que harían uso de la facultad que les otorgaba el artículo 1 de la Decisión 689 para desarrollar y profundizar los derechos de Propiedad Intelectual.

3. Análisis de las Decisiones 632 y 689.

El estudio de la Decisión 632 y 689 se realizará desde dos ópticas:

3.1. Sus efectos en las políticas de desarrollo.

Para determinar los efectos de la Decisión 689 sobre el desarrollo, centraremos nuestro estudio dividiendo el análisis en 3 grandes ámbitos:

3.1.1. Ampliación del monopolio de exclusividad.

La Decisión 689 contempla la posibilidad de extender el plazo de protección de la patente, con la finalidad de compensar las demoras injustificadas, excepto para los productos farmacéuticos, incurridas por parte de las autoridades administrativas encargadas de otorgar la patente y de las autoridades encargadas de emitir permisos sanitarios o de comercialización, retrasos superiores a los 5 años en el primer caso y 3 en el segundo.

Si bien es cierto, que a través de dicha norma se pretende generar mayor eficiencia en las instituciones nacionales, promoviendo su reestructuración y fortalecimiento a fin de que estas normas sean aplicadas con mayor eficiencia y transparencia, garantizando así la protección y defensa de los derechos de propiedad intelectual³⁵⁶, lo cual nos parece positivo, sin embargo, disintimos con el hecho de que la sanción se constituya en detrimento de la sociedad, en efecto, no se puede pretender que so pretexto del retraso de la Administración se generen monopolios mayores a los ya establecidos por el régimen multilateral, regional y nacional de los países andinos.

Un gran riesgo que conlleva la norma, en íntima relación a prolongar el plazo de protección, es que ni siquiera se tomó el debido cuidado de establecer el plazo de restauración,

³⁵⁶ Al respecto en el Perú con motivo de la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial con Estados Unidos, se dictó el Decreto Legislativo N° 1033 de fecha 25 de junio de 2008, se aprobó la Ley de Organización y Funciones del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Como nos hace notar María del Carmen Arana, una de las novedades de la presente ley, es la creación de 3 Direcciones en el área de Propiedad intelectual, la Dirección de Signos Distintivos, la Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías y la Dirección de Derechos de Autor, y al interior de cada Dirección se cuenta con una estructura articulada con una entidad colegiada. De esta forma se fortalece la estructura institucional de la Propiedad Intelectual. Para mayor información véase María del Carmen Arana, "Proceso de Implementación del APCPE en materia de Propiedad Industrial" en Baldo Kresalja (Dir.) Anuario Andino de Derechos Intelectuales, Lima, Palestra, 2009. P. 179.

como tampoco el procedimiento a seguir, lo cual implica que quedará sujeta al ordenamiento interno de los Países Miembros (Colombia y Perú), esto es desde todo punto de vista desatinado, ya que deja a la libre discrecionalidad de los países el determinar los límites máximos de compensación.

Es cierto, la innovación y la generación de nuevos productos es un negocio arriesgado y costoso que debe ser adecuadamente compensado para mantener los incentivos a la investigación y desarrollo, sin embargo, consideramos que la cuestión de mayores plazos en la protección del derecho de propiedad intelectual considerada en los acuerdos de libre comercio y que fueron interiorizados en la Decisión 689, no están alcanzando el equilibrio necesario entre la protección de los derechos de los innovadores y los de los consumidores.

Reconocemos que la Propiedad Intelectual juega un rol importante en la sociedad, dado que constituye un promotor de la innovación y desarrollo tecnocientífico, de allí que se justifique la protección jurídica de tal actividad, a través del reconocimiento explícito a sus titulares, de la facultad de excluir a terceros del ejercicio de tales derechos por un período determinado de tiempo; sin embargo, estas se justifican en tanto y cuanto contribuyan al bienestar social, mediante la difusión del progreso técnico y su ingreso al dominio público. Bajo esta perspectiva, el papel en las políticas de desarrollo de los países andinos que se adscribieron a la utilización de la Decisión 689, no se justificaría, debido a que la balanza que debiera equilibrar entre los derechos de los titulares y el interés público, tendería a favor de los primeros otorgándoles mayores recompensas y, desconociendo por ende, el fin último, cual es la sociedad

Consideramos que un aumento del período de protección de las patentes, dado de forma indirecta en la Decisión 689, bajo el denominativo “compensación”, provoca un desequilibrio y hace que la propagación del progreso técnico se retrase por más tiempo del ya establecido en el ADPIC y en la Decisión 486.

3.1.2. Protección temporal de los Datos de Prueba. Sin duda, una de las cuestiones que ha suscitado mayor crítica está en relación a como los tratados bilaterales estarían vulnerando las flexibilidades del sistema multilateral respecto a la expansión o reforzamiento acerca de la protección y posible uso de información no divulgada sobre la seguridad y eficacia de productos farmacéuticos y químicos agronómicos que contengan nuevas entidades químicas que se transforma en una prohibición de utilizar esta información al menos durante cinco años desde la

aprobación del producto farmacéutico y diez años desde la aprobación de productos agroquímicos.³⁵⁷

La Decisión 632, al permitir a los países incluir dentro de sus medidas la protección temporal de los datos de prueba, lo cual implica que durante un tiempo no se autorizara al productor de genéricos sin el consentimiento del titular de la nueva entidad química que presentó previamente los datos de prueba, para que comercialice un producto con base en tales datos, dio cabida libre a que los TLCs firmados con Colombia y Perú, establecieran la obligación de proteger por cinco y diez años la información no divulgada sobre nuevas entidades químicas relacionadas con las pruebas clínicas para demostrar que un medicamento o el producto agroquímico es eficaz y seguro. A través de esta figura hay un reconocimiento explícito de exclusividad sobre los datos que someten las industrias farmacéuticas y agroquímicas ante las autoridades sanitarias del Estado en los casos que se requiera autorización previa para comercializar estos productos en sus territorios.³⁵⁸

Como nos señala Álvaro Díaz, el fundamento económico estaría dado porque “*si una patente protege los esfuerzos de investigación y desarrollo, la información no divulgada sobre fármacos o productos agroquímicos protege el costo de las pruebas clínicas y de campo realizadas para cumplir con los estándares reglamentarios*”³⁵⁹; es verdad que para comercializar un producto farmacéutico o agroquímico, además de la patente, es necesaria una certificación por parte de la autoridad sanitaria que avale que el medicamento es eficaz y no daña a la salud humana, y para ello es necesario un largo y complejo período de pruebas de campo, ensayos clínicos, tests, investigaciones preclínicas, experimentos, actividades que obviamente requieren mucho tiempo, pero sobretodo inversiones considerables que en muchos casos pueden ser en la misma medida o más elevados que los de investigación y desarrollo³⁶⁰.

De allí que las compañías farmacéuticas en particular, argumentan, de manera justificada que sería injusto que un producto que haya costado ingentes gastos de dinero en pruebas, ensayos, experimentos, y otros tipos de investigación, y que además requiere mucho tiempo, se

³⁵⁷ P. Roffe y M. Santa Cruz, 2006: P. 50

³⁵⁸ Andrés Moncayo von Hase “La flexibilidad del ADPIC y su eventual erosión en las negociaciones bilaterales, multilaterales y regionales” en Jorge Mario Martínez Piva (Coord.) Generación y protección del conocimiento: propiedad intelectual, innovación y desarrollo económico, Naciones Unidas, México, 2008. P. 116

³⁵⁹ A. Díaz, 2008: P. 197-198

³⁶⁰ *Ibíd.* 198

pusiera a disposición de los competidores, los cuales evitan así la necesidad de invertir en gastos similares para obtener la aprobación de la comercialización.³⁶¹

Sin embargo, esta posición es rebatida desde muchos puntos de vista:

Desde la óptica de los costos económicos, podría discreparse en el sentido de que sería discutible que se trate de homogeneizar no sólo a los países andinos, sino a todos los países latinoamericanos y del Caribe, los períodos de protección de los datos de prueba a 5 años para los productos farmacéuticos y 10 años para los agroquímicos, sin que la autoridad sanitaria esté en conocimiento pleno de los costos efectivos de las pruebas, análisis y experimentos realizados, ponderados de acuerdo con el tamaño de los mercados globales y locales.³⁶²

Desde el punto de vista de la salud, se alega que los datos de prueba “*debieran ser dominio público y no privado, porque contienen información médica importante que no se puede encontrar en otro lugar y que el secreto excesivo produce efectos indeseados*”³⁶³; al respecto, diversos estudios realizados en Colombia y Perú, han cuantificado las implicaciones de tal exclusividad para la salud pública.³⁶⁴ No cabe duda de que existe el riesgo de que la exclusividad podría retrasar la entrada de nuevos competidores fabricantes de genéricos al mercado de productos farmacéuticos, con las inevitables consecuencias sobre los precios de los medicamentos³⁶⁵, ya que es muy previsible que los medicamentos serán superiores a los que

³⁶¹ C. Correa, 2005: P. 156

³⁶² Robert Weissman, “Data protection: options for implementation”, mencionado en Álvaro Díaz, 2008: P. 178

³⁶³ C. Correa, 2005: P. 156

³⁶⁴ Para verificar la aseveración vertida, véase los estudios realizados al respecto.

De la República del Perú, véase: INDECOPI: Serie estudios de investigación. Balance del conocimiento y propiedad intelectual en el Comercio, Lima, 2005 disponible en www.indecopi.gob.pe; Serie estudios de Investigación. Incidencia de los derechos de propiedad intelectual en el gasto de las familias en el marco del TLC. Lima. 2005, disponible en www.indecopi.gob.pe; Ministerio de Salud. Gerardo Valladares coord., Evaluación de los potenciales efectos sobre el acceso a medicamentos del tratado de libre comercio que se negocia con los Estados Unidos de América, 2005 disponible en www.minsa.gob.pe.

De la República de Colombia, véase: Organización Panamericana de la Salud, Impacto de fortalecer las medidas de Propiedad Intelectual como consecuencia de la negociación de un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos: Aplicación del modelo a Colombia, 2005, disponible en www.col.ops-oms.org; APOYO Consultoría, Impacto de las negociaciones del TLC con EEUU en materia de propiedad intelectual en los mercados de medicamentos y plaguicidas, 2005, disponible en www.minsa.gob.pe; Emilio José Archila, Gabriel Carrasquilla, Marcela Meléndez (Fedesarrollo) y Juan Pablo Uribe, Estudio Sobre Propiedad Intelectual en el Sector Farmacéutico Colombiano. 2005, disponible en www.fedesarrollo.org.co.

³⁶⁵ Carlos Correa, “Mal negocio de Chile con Estados Unidos” artículo presentado a *Le Monde Diplomatique*, 2006, 5-11-09, disponible en <http://www.insumisos.com/diplo/NODE/156.HTM>

existirían en una situación de competencia, y que por lo tanto, se afectará el acceso a aquellos, especialmente por parte de la población de más bajos ingresos³⁶⁶

Desde el punto de vista de la competencia, la otorgación de exclusividad temporal de los datos de prueba, implica inexorablemente barreras de entrada a los nuevos competidores, porque existe la posibilidad de que pese al vencimiento de las patentes, se continúe protegiendo la información no divulgada durante algunos años más, impidiendo por tanto el ingreso al mercado de productos genéricos³⁶⁷. Esto implica el retraso del ingreso de medicamentos genéricos, permitiendo hasta entonces que la empresa que patentó el producto prolongue sus rentas monopólicas.

Tal como nos advierte, María Fabiana Jorge *“Muchos creen que el tema de la exclusividad de los datos no es muy serio porque implica un período de cinco años, mientras el de la patente es de 20, de modo que no afectaría a los consumidores porque el monopolio garantizado por la patente todavía estaría en vigor. Eso no es así porque se puede solicitar protección de los datos para productos que ya no están protegidos por una patente”*³⁶⁸, por tanto, el problema aquí es que el período de exclusividad para la protección de los datos de prueba puede exceder el vencimiento de la patente. A esto habría que agregarle la extensión del plazo de la patente para compensar las demoras injustificadas incurridas en el trámite de aprobación de comercialización del producto.

Por último, desde el punto de vista del costo social, el hecho de realizar doblemente ensayos clínicos, pruebas, experimentos, tendientes a demostrar que el producto es seguro y eficaz, crearía una situación de ineficiencia en términos de bienestar social, ya que no habría necesidad de aquello, debido a que podría demostrar a través de la información del primero la equivalencia biofarmacéutica³⁶⁹.

³⁶⁶ Carlos Correa, Implementación de la protección de datos de prueba de productos farmacéuticos y agroquímicos en DRCAFTA-LEY MODELO, Buenos Aires, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), 2006, P. 3-4

³⁶⁷ A. Díaz, 2008: P. 198.

³⁶⁸ María Fabiana Jorge, “Derechos de propiedad intelectual en la agenda de los países en desarrollo. Leyes de propiedad intelectual y acceso a medicamentos” en Jorge Mario Martínez Piva (Coord.) Generación y protección del conocimiento: propiedad intelectual, innovación y desarrollo económico, Naciones Unidas, México, 2008. P. 221

³⁶⁹ Correa, 2005: P. 156

3.1.3. Excepción Bolar. Uno de los aspectos que se tomó en cuenta en los Acuerdos, y que fue puesto a consideración de los países en la Decisión 689 es el relacionado con la denominada “Excepción Bolar”³⁷⁰ en virtud del cual se permite *“incluir la facultad de usar la materia protegida por una patente con el fin de generar información necesaria para apoyar la solicitud de aprobación de un producto”* (Art. 1 lit. e)), es decir, a través de esta figura legal, se permite a los fabricantes de medicamentos genéricos, utilizar la información de productos patentados – importando, fabricando y efectuando ensayos clínicos sobre la misma - antes de la caducidad de la patente, con el propósito de cumplir con los requerimientos para emitir la autorización de comercialización o permiso sanitario³⁷¹. En efecto, *“Esta cláusula permite el prerregistro de medicamentos genéricos, durante la vigencia de la patente a fin de que el solicitante del genérico pueda adelantar las pruebas necesarias y presente la solicitud a la oficina regulatoria para obtener la preaprobación del medicamento”*³⁷²

Como nos hacen notar Alberto Bercovitz, Guillermo Cabanellas, Susana Czar de Zalduendo, Ana María Pacón, Salvador Darío, entre otros, *“Éste es un paso muy importante para los países en desarrollo, especialmente si son productores reales o potenciales de productos genéricos, con el fin de asegurar que los genéricos de precio más bajo puedan llegar al mercado tan pronto como caduque una patente. Incluso si no existe la probabilidad de que sean productores potenciales en un futuro previsible, sería prudente incluir esta excepción en su*

³⁷⁰ Esta cláusula tiene sus antecedentes en el pronunciamiento de la Corte Suprema de Estados Unidos de 1984, en el Asunto Roche Products Inc. versus Bolar Pharmaceutical Co. en el cual, la Corte consideró que la acción de realizar actividades con miras a la obtención del registro sanitario para un producto genérico ante la FDA por parte de Bolar Pharmaceutical Co. constituía una infracción a los derechos de patente. Sin embargo, esta situación generó polémica por cuanto en la práctica extendía el período de vigencia de la patente al impedir el ingreso de productos genéricos inmediatamente después de vencido el plazo de protección. R. Espinoza, 2009: P. 24. Este hecho generó que el Congreso estadounidense aprobara la Ley 1984 de Competencia en el Precio de los Medicamentos y Restauración de los Plazos de Patentes de Estados Unidos, por el cual se anula el precedente sentado por la Corte Suprema, y explícitamente señaló *“No será un acto de infracción fabricar, utilizar, la oferta para la venta, o la venta en Estados Unidos, o la importación en los Estados de una invención patentada únicamente para usos razonablemente relacionados con el desarrollo y presentación de información de acuerdo con una ley federal que regule la fabricación, utilización o venta de medicamentos”* (35 U.S.C. f271 e).

³⁷¹ Sin embargo, los fabricantes de genéricos no pueden comercializar sus productos, sino hasta que finalice el período de vigencia de las patentes, de la información no divulgada o de ambos. Esto se estableció explícitamente en los Tratados de Libre Comercio celebrados por Estados Unidos con Perú y Colombia (Art. 16.9. núm. 3 y 5), y de la mismo modo se dio en el Tratado de libre comercio entre Chile y Estados Unidos, Artículo 17.9.4; CAFTA-DR, Artículo 15.9.5.

³⁷² María Fabiana Jorge “Derechos de propiedad intelectual en la agenda de los países en desarrollo. Leyes de propiedad intelectual y acceso a medicamentos” en Jorge Mario Martínez Piva (Coord.) Generación y protección del conocimiento: propiedad intelectual, innovación y desarrollo económico, Naciones Unidas, México, 2008. P. 226

legislación”³⁷³ En este aspecto, la Decisión 689 es positiva, para las políticas de desarrollo relacionadas con la salud, ya que en virtud de esta cláusula se permite a las compañías genéricas entrar al mercado tan pronto como expire la protección de las patentes respectivas, permitiendo a los fabricantes de genéricos adelantar su producción durante el período de protección. En ausencia de esta cláusula, la patente obtendría una prórroga de facto, extendiendo el monopolio más allá de los 20 años: “*el productor tendría que esperar la expiración de la patente para comenzar a fabricar la copia y hasta entonces solicitar la aprobación del medicamento, lo cual sería, de hecho, una extensión de la patente, pues los productos competidores tendrían que esperar varios años para ingresar al mercado*”³⁷⁴, y mientras tanto, los precios monopólicos se mantendrían vigentes, perjudicando así a la población en general en su derecho de acceder más prontamente a medicamentos de más bajo precio.

3.2. Sus efectos en el proceso de integración andina.

La integración no sólo es un fenómeno exclusivamente económico, sino que también está dotado de componentes sociales, políticos y jurídicos, por tanto, nuestro análisis de las decisiones 632 y 689 se circunscribirán a estos 4 ámbitos.

4.2.1. Desde el punto de vista económico.

Desde la teoría económica, el establecimiento de mercados comunes, implican supuestos básicos, tales como el establecimiento de políticas comunes o armonizadas, la liberalización de factores, la negociación en bloque con terceros países, y la búsqueda de equidad y equilibrio en sus resultados; en cuanto al establecimiento de políticas comunes o armonizadas (destinadas a perfeccionar el mercado común), se requiere entre otros el establecimiento de un régimen común de propiedad intelectual, de inversiones, competencia, inversiones y capitales.³⁷⁵

³⁷³ C. Correa, 2005: P. 155.

³⁷⁴ P. Roffe 2008: P. 134

³⁷⁵ Germán Umaña, “El TLC y la Comunidad Andina”, en Alberto Acosta y Fander Falconí edit. TLC Más que un tratado de libre comercio, Quito, FLACSO, 2005, P. 115. Si nos preguntamos, por qué los países establecen regímenes comunes en materia de propiedad intelectual, inmediatamente salta a la vista que desde la perspectiva económica es necesaria para que los países no se embarquen en una guerra de competencia indiscriminada por conceder incentivos, con el objetivo de atraer capital y tecnología externa, situación que puede causar distorsiones en el mercado ampliado. Para evitar estos impases y que los países miembros logren repartirse los beneficios de la integración a fin de que haya un desarrollo equilibrado y armónico, es necesario unificar los sistemas regulatorios en materia de propiedad intelectual. Pero también, como se señaló en el primer capítulo, la integración económica compromete a los países en un proceso de diseño de políticas comunes, desde que dicho proceso se funda en la libre circulación de factores. Es claro que se procuran los regímenes comunes para que haya mayor seguridad y al mismo tiempo se permita facilitar los negocios, de tal forma que no haya diferentes trámites en los distintos países miembros, ya que los estados al tener políticas regulatorias propias sus tratamientos no necesariamente son coincidentes, ni tampoco tienen el mismo grado de complejidad y esto se refleja en las diferencias en las pautas y

En materia de propiedad intelectual, tema objeto de nuestro estudio, en términos de régimen común, estuvo consolidado hasta la Decisión 486, sin embargo con motivo de los Acuerdos de Libre Comercio celebrados por Colombia y Perú con Estados Unidos, éste se fracturó; como expresa Germán Umaña, haciendo referencia a la Comunidad andina “*es evidente que su unidad se ha resquebrajado y, pese a los mandatos de los presidentes, no continúa el avance hacia la creación del mercado común*”³⁷⁶ toda vez que se retrocedió en lo que se había definido con la unión aduanera, en el régimen de inversiones y en el régimen de propiedad intelectual; en relación a este último, se tuvo que ceder y contravenir la unidad del régimen común, renunciando a la soberanía en esta área, a costa de celebrar el tratado de libre comercio, ya que fueron más allá del ADPIC, pero fundamentalmente más allá de la Decisión 486.

Tal como proyectaba Marco Romero al inicio de las negociaciones del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos “*Si bien los países andinos reiteraban su decisión de mantener el proceso de integración regional, en la práctica le quitaban toda significación y estaban dispuestos a sacrificar lo que fuere necesario*”, y así sucedió, pues los países andinos, en materia de propiedad intelectual tuvieron que contravenir el régimen de propiedad intelectual regulado por la Decisión 486, generando efectos contrarios a la integración económica, porque a partir de la Decisión 689 se permitió generar discriminaciones, es decir, se facultó a Colombia y Perú, otorgar mayores incentivos a la inversión extranjera de diversas formas: ampliando plazos para reivindicar la prioridad, otorgando compensación por retrasos en el otorgamiento de patentes; autorizando el establecimiento de registros multiclase de marcas; estableciendo plazos para la subsanación de requisitos en el caso de las marcas; dejando al libre albedrío de los titulares el registro o no del contrato de licencia de uso de la marca; dando prioridad a las marcas por sobre las denominaciones de origen (que en esencia protegen derechos colectivos); permitiendo otorgar mayor protección para las marcas (relacionado con medidas de frontera a productos en tránsito). Todos estos incentivos, no podrán ser aplicados por Ecuador y Bolivia, que aplicarán la Decisión 486, cuya normativa es más rígida, y en comparación con la Decisión 689 es más proteccionista al interés social; ésta última en nuestra opinión tiende a desequilibrar más la balanza a favor del titular de los derechos de propiedad intelectual.

exigencias previstas en las regulaciones relacionadas a los distintos aspectos de actividad industrial, lo cual presenta un obstáculo o limitante a la libre circulación de mercancías y servicios en el proceso de integración subregional andino, por tanto, a través de regímenes comunes se pretende paliar estas diferencias y conseguir una protección homogénea en todo el territorio de la Comunidad.

³⁷⁶ *Ibíd.* P. 113.

Quizá se alegue que en la Decisión 689 existen normas que no incentivarían la inversión tales como, la introducción de la excepción bolar, la introducción de especificaciones adicionales sobre las condiciones de divulgación, sin embargo a nuestro juicio, no serían equiparables de forma alguna a los beneficios que concede la misma decisión a los titulares de propiedad intelectual, que como dijimos anteriormente, por antonomasia se hallan en los países desarrollados.

La Decisión 689, dio lugar a que hayan diferentes velocidades al interior de la Comunidad Andina, y esto a nuestro juicio, no permitiría la convergencia en la apertura comercial, en la armonización de políticas en distintos ramos, situación que dificultará en un futuro los posibles planes de trabajo para definir la consolidación de la unión aduanera y del tan anhelado mercado común.

Por otra parte, la Decisión 689 constituye un elemento que coadyuva a que no haya homogeneidad de legislaciones, y más al contrario implica un retroceso en el establecimiento de políticas comunes ya que a consecuencia de ésta hay diferentes pautas y exigencias en las regulaciones relacionadas a determinadas áreas de propiedad industrial, permitiendo que haya diferentes trámites en los países miembros y ello obviamente obstaculiza y limita la libre circulación de bienes y servicios en el proceso subregional andino. En consecuencia, la Decisión 689 tuvo un efecto negativo ya que genera distorsiones a la libre circulación de mercancías en el mercado ampliado, impidiendo aplicar los correctivos que la unificadora Decisión 486 otorgaba frente a las imperfecciones de mercado.

3.2.2. Desde el punto de vista político.

No cabe duda que los procesos de integración cuentan con espacios regionales de corte político donde se desarrollan, políticas de cooperación entre los integrantes³⁷⁷, en los diversos escenarios: económico, social, medioambiental, político y legislativo, en el que se encuentran entre otros, temas de liberación, articulación productiva, política exterior, arancel externo común, comercio de bienes y servicios, inversiones ciencia y tecnología, integración física.

Estos espacios que permiten una negociación continua entre sus miembros, para modificar y perfeccionar áreas de asociación³⁷⁸ se ven cercenados por los Acuerdos de Libre Comercio con Colombia y Perú, porque al igual que los demás tratados convencionales, éstos no

³⁷⁷ OXFAM, 2006: P. 21

³⁷⁸ *Ibíd.* P. 21

se encierran en el comercio de mercancías, sino que van mucho más allá de estas cuestiones clásicas, en los que se encuentran diversos temas como la regulación sobre inversiones, servicios, compras gubernamentales, migración, flujos de capital y derechos de propiedad intelectual. Como nos señala Eduardo Gudynas “*este abanico de temas termina incorporando los más diversos aspectos de desarrollo nacional y limitan las medidas gubernamentales que se pueden ensayar*”³⁷⁹ en otras palabras, reducen los márgenes de maniobra que los países consideren necesarios para lograr el desarrollo y reducir la pobreza.

Dentro de los variados temas que regulan los Tratados de Libre Comercio, sin lugar a dudas uno de los que mayor relevancia tienen para los países industrializados es la propiedad intelectual, dado que a través de su mayor fortalecimiento, mediante ampliación de plazos de protección en determinadas categorías jurídicas, prolongación de los monopolios en el caso de las patentes, la incorporación de nuevos institutos de propiedad intelectual, mayor rigurosidad en cuanto a las infracciones, y otras, se pretende generar mayores ventajas a los titulares de propiedad intelectual.

Esto importa que las capacidades de acción en cuanto a las políticas públicas en propiedad intelectual de los países se erosionen y disminuyen enormemente, por lo que cada vez son más limitadas. Reflejo de aquello, es la modificación del ordenamiento jurídico andino en materia de propiedad intelectual, con las Decisiones 632 y 689, que no hacen más que avalar y dar viabilidad a lo estipulado en los Tratados de Libre Comercio celebrados por ambos países, bajo el supuesto equivocado de que a través de una mayor profundización de la propiedad intelectual redundará en el beneficio recíproco y equilibrado de los países andinos. No quepa la menor duda de que la implementación de las decisiones 632 y 689, ambas acordes al TLC celebrado con Estados Unidos, “*reduce aún más el papel del Estado Nacional y de sus instituciones. Se cede la soberanía en muchos aspectos*”.³⁸⁰ El hecho de regular con mayor rigurosidad y detalle la materia de propiedad intelectual, se traduce en márgenes más reducidos de las entidades administradoras para decidir e implementar políticas públicas tendientes a lograr el desarrollo económico y social de los países.

³⁷⁹ Eduardo Gudynas “Dos caminos distintos, tratados de libre comercio y procesos de integración” en Alberto Acosta y Fander Falconí edit., TLC más que un tratado de libre comercio, Quito, FLACSO, 2005, P. 54

³⁸⁰ Germán Umaña, El juego asimétrico del Comercio, Centro de Investigaciones para el Desarrollo, Bogotá, CID Universidad Nacional de Colombia, 2004, P. 232.

Las Decisiones 632 y 689 limitan a los países a utilizar las flexibilidades que otorga el ADPIC, en el ejercicio del poder de discrecionalidad para decidir un conjunto de medidas de política adecuadas a nuestras realidades y circunstancias socioeconómicas; representan un candado más que cierra las puertas al desarrollo, porque se obvia que históricamente los países que actualmente poseen elevados grados de progreso técnico, productividad, innovación, en el pasado utilizaban sistemas laxos, flexibles de los anteriores regímenes de propiedad intelectual.

Es un elemento más que contribuye a rigidizar los Derechos de Propiedad Intelectual, homogeneizando así las políticas para generar la innovación y el desarrollo tecnológico conforme a sus intereses, desconociendo los distintos grados de desarrollo existentes, sin tomar en cuenta que los contextos culturales, sociales, económicos, y políticos son diferentes.

2.2.3. Desde el punto de vista social.

Obviamente, uno de los campos de mayor repercusión es el relativo a la propiedad intelectual, porque los países andinos, al igual que los países en desarrollo tuvieron que ceder a las presiones estadounidenses, que no conducen sino a ampliar la brecha del conocimiento en perjuicio de nuestros países, a través del mayor fortalecimiento y profundización de la propiedad intelectual, con miras a generar mayores condiciones favorables a los titulares de derechos, que en esencia son las grandes corporaciones que se encuentran en países industrializados como los Estados Unidos. Esto tiene efecto en diversos sectores, tales como el conocimiento tecnológico científico, la educación, la salud.³⁸¹

Lo que se hizo al emitir las Decisiones 632 y 689 que en definitiva son el reflejo de lo acordado en los tratados bilaterales fue encarecer “*el valor del componente de conocimiento incorporado en las exportaciones de los países desarrollados y por lo tanto, estas economías y sus ciudadanos se benefician más cuanto más se amplía la protección de derechos*”³⁸² es decir, permitieron la prolongación de la concesión de exclusividad en el ejercicio de derechos de patente, más allá de lo establecido en el sistema multilateral y regional, la ampliación de los períodos de protección en otras categorías jurídicas, la incorporación de nuevos institutos de propiedad intelectual, hechos que indefectiblemente dificultan a nuestros países en el acceso al conocimiento tecnocientífico, ello se infiere de los mayores costos de los kits científicos,

³⁸¹ Ariela Ruiz Caro “Impacto del TLC en la desigualdad y en los procesos de integración regional” en R. A. Dello Buono, edit., Diálogo Sudamericano: Otra integración es posible, Lima, Bellido Ediciones, 2006, P. 145

³⁸² *Ibíd.* P. 146

reactivos, utilización de equipos y materiales, el acceso a información, el acceso a revistas, libros y base de datos, etc.

Por otra parte, y más importante aún es el hecho de que, la Decisión 632, representa costos elevados para la salud humana de los habitantes de la subregión, porque a través de la otorgación de plazos monopólicos a la información no divulgada de productos farmacéuticos, se restringe el ingreso de los nuevos competidores de genéricos al mercado, incrementando en consecuencia el poder de mercado de las industrias farmacéuticas y permitiendo que se impongan precios elevados por más tiempo. Significa mayores restricciones al acceso a la salud para nuestros países, porque como se dijo en algún momento, la mayoría de los pobres deben pagar por sus propias medicinas y lo que el estado proporciona es normalmente selectivo y está limitado por la escasez de recursos.

Es cierto que la protección de la propiedad intelectual es necesaria para fomentar la investigación y desarrollo tecnocientífico de medicamentos, pero también es claro que determina la oferta, y por ende, los precios³⁸³. En la medida en que se retrase el ingreso de compañías productoras de genéricos al mercado, indefectiblemente se afecta el acceso a medicamentos más económicos; como dijo el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su momento

“Desde el punto de vista de la salud pública [...] cabe poner de relieve que, en tratándose de consumidores de productos farmacéuticos, en países en desarrollo como los de la Comunidad Andina, la concesión de derechos exclusivos, por períodos de tiempo determinados, puede entrar en conflicto con derechos humanos fundamentales como la salud y la vida, toda vez que el consumo de los medicamentos está relacionado con su precio, y el precio de monopolio puede hacer imposible el acceso al medicamento, pudiendo llevar a la enfermedad y a la muerte a sus potenciales consumidores. En el caso de los datos de prueba, su protección por un período de tiempo determinado [potencial o eventualmente] surte el efecto de extender indebidamente el monopolio de la patente, prolongando de esta manera, visto el diferimiento de la libre competencia en el mercado, la dificultad de acceso al medicamento”³⁸⁴.

³⁸³ Bárbara María Vargas Escobar, “El derecho a la salud en el Tratado de Libre Comercio (TLC)” en Cristina Pardo Schlesinger y Carlos Parra Dussán edit., Teoría Constitucional, Bogotá, Universidad del Rosario, P. 222

³⁸⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia AI-14-2004, de 8 de diciembre de 2005. Disponible en www.comunidadandina.org

3.2.4. Desde el punto de vista jurídico e institucional.

Jurídicamente las Decisiones 632 y 689 se dieron en violación del ordenamiento jurídico comunitario, porque el Acuerdo de Cartagena, que dispone explícitamente que la Comunidad Andina cuente con un régimen común sobre marcas, patentes, licencias y regalías (Art. 55), esto es, con un Régimen Común de Propiedad Intelectual, y en cumplimiento de aquello se dictaron las Decisiones 85, 311, 313, 344 y 486, sucesivamente. Pero a partir de la Decisión 689 se resquebraja aquél régimen común, pues como dijimos anteriormente, éste concepto significa que una normativa básica debe ser obligatoriamente compartida por todos sus países miembros, sin perjuicio de que excepcionalmente los mismos puedan mediante sus legislaciones nacionales complementar la protección prevista en dicho régimen, siempre que esas normas internas no entren en conflicto con la norma comunitaria.

Por otra parte, si tomamos en cuenta que las Decisiones 632 y 689 se sustentan en la Decisión 598, ya que esta última faculta a los Países Miembros a celebrar acuerdos unilateralmente con terceros países, sin embargo, la misma prescribe que los estados parte deben preservar el ordenamiento jurídico andino. En el caso de los Tratados de Libre Comercio suscritos por Perú y Colombia con Estados Unidos, no se respetó lo establecido por el ordenamiento comunitario, contraviniéndola en muchos casos. Ambos países decidieron primero ceder a las presiones de los Estados Unidos a fin de llegar a concluir las negociaciones; y después, procurar la modificación de la norma comunitaria, a riesgo de que no se aceptare. La emisión de la Decisión 632 fue uno de los factores que motivó la salida de Venezuela del acuerdo subregional andino³⁸⁵, que además ya advertía la vulneración de los Tratados de Libre Comercio celebrados por Colombia y Perú con Estados Unidos al ordenamiento jurídico andino³⁸⁶.

³⁸⁵ Recordemos que el artículo 266 de la Decisión 486 fue modificado por Colombia, Ecuador y Perú, el 6 de abril de 2006, sin la participación de Venezuela que había anticipado que no podría participar de la Comisión en esa fecha, y la imposibilidad de Bolivia de ejercer su derecho a voto, debido a un retraso en el pago de su cuota en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Anteriormente hubo varios intentos tanto a nivel de Comisión como de Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, para modificar dicho instrumento pero no prosperaron por la oposición de Venezuela y Bolivia.

³⁸⁶ Prueba de aquello es que Venezuela en la exposición de motivos para su salida, manifiesta que “*las recientes negociaciones y firma de los Tratados de Libre Comercio por parte de Colombia y Perú con los Estados Unidos de Norte América, han conformado un nuevo cuerpo legal que pretende asimilar la normativa de los TLC a la Comunidad Andina, cambiando de facto su naturaleza y principios Originales*” (Carta de denuncia Acuerdo de Cartagena del 22 de abril de 2006).

Ahora bien, cabe hacer una apreciación respecto a la legalidad o no de los procedimientos establecidos para la aprobación de ambas decisiones. En cuanto a la primera, esto es, la Decisión 632, podemos apreciar que se siguió con lo que establece el Acuerdo de Cartagena, pese a las irregularidades que pareciera existir³⁸⁷, aunque desde un punto de vista político su aprobación es cuestionable³⁸⁸. Con respecto a la Decisión 689 y cuyo procedimiento de aprobación se halla impugnado por Bolivia³⁸⁹, de un análisis jurídico se puede evidenciar que también es válido, pese a los argumentos legales que pueda esgrimir en su acción legal, y ello se deriva claramente de los Artículos 26 y 27 del Acuerdo de Cartagena que son aplicables al caso determinado³⁹⁰. Si bien

³⁸⁷ El Artículo 24 del Acuerdo de Cartagena, establece que *“La asistencia a las reuniones de la Comisión será obligatoria y la no asistencia se considerará abstención”* (El subrayado es nuestro). Por otra parte, el Art. 28 de la misma normativa, establece que *“El País Miembro que incurriere en un retraso mayor a cuatro trimestres en el pago de sus contribuciones corrientes a la Secretaría General o al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, no podrá ejercer el derecho a voto en la Comisión hasta tanto se regularice su situación. En tal caso el quórum de asistencia y votación se computará conforme al número de países aportantes”* (El subrayado es nuestro). El primer precepto es plenamente aplicable a Venezuela y el segundo a Bolivia.

³⁸⁸ En la aprobación de la Decisión 632 se puede observar claramente ciertas irregularidades dado que la voluntad de Venezuela y Bolivia era clara, en el sentido de rechazo a su aprobación por considerarlo contrario al ordenamiento jurídico andino y a la integración.

³⁸⁹ Bolivia el 8 de febrero de 2010 presentó 4 acciones legales ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, entre ellas una acción de nulidad interpuesta contra la Comisión del Acuerdo de Cartagena por la aprobación de la Decisión N° 689 y una acción de incumplimiento contra el Perú *por la aprobación de los DECRETOS LEGISLATIVOS N° 1075 y 1092 de la República del Perú del 27/06/08* en relación a las modificaciones del Régimen Común de Propiedad Industrial, como un requerimiento para instaurar su TLC con Estados Unidos (Acuerdo de Promoción Comercio Perú-EEUU). (Para mayor información véase Ministerio de Relaciones Exteriores, *“Bolivia presenta cuatro demandas en la CAN en defensa del ordenamiento jurídico andino y contra el daño que provocan los TLC al proceso de integración”* 10-03-10 Disponible en www.rree.gov.bo). En cuanto a la interposición de la Acción de Nulidad por parte de Bolivia (dado que la acción de Incumplimiento por la emisión de los Decretos Legislativos N° 1075 y 1092 tienen su fuente en la emisión de la Decisión 689 está plenamente vinculada a la Sentencia que se pudiere dar por la acción de nulidad, consideramos que no merece mayores consideraciones), señalar que desde el punto de vista jurídico se halla legitimado para accionar, porque en conformidad al Art. 18 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la Decisión 689 fue aprobada sin el voto afirmativo de Bolivia; en cuanto al plazo para interponer dicha acción, se halla dentro del plazo establecido, pues el Art. 20 del mismo tratado, establece la acción debe ser intentada dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la Decisión. En cuanto a los efectos que pudiera tener a posteriori, señalar que en el caso de declararse su nulidad total o parcial (en oposición a lo que proyectamos) el Tribunal de Justicia de la comunidad Andina fijaría los efectos de la sentencia en el tiempo y señalaría el plazo para que en este caso la Comisión de la Comunidad Andina adopte las disposiciones que se requieran para asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia (Art. 22 Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina). Para mayor información en relación a los conceptos de “Acción de Nulidad”, “Acción por Incumplimiento” véase Testimonio Comunitario, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, TJCA, 2004. Con respecto a su regulación normativa, véase el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina Arts. 17-31 y el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina Arts. 101-111.

³⁹⁰ El Artículo 26 inc. a) del Acuerdo de Cartagena establece que *“La Comisión adoptará sus Decisiones con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros. Se exceptúan de esta norma general: a) Las materias incluidas en el Anexo I del presente Acuerdo, en las cuales la Comisión adoptará sus Decisiones con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros y sin que haya voto negativo”* (El subrayado es nuestro).

es cierto, que el procedimiento seguido en ambos casos, al menos en técnica jurídica es el procesalmente correcto, ya que fue apoyado por la mayoría de sus países miembros, cabe reflexionar respecto a cómo se logró su adopción, pues no se puede negar que hubo un excesivo forzamiento por parte de Perú y Colombia. A nuestro juicio, la emisión de dichas normas no son sino reflejo de la poca seriedad que se otorga a la integración de la Comunidad Andina; claramente se evidencia el poco o nulo interés de avanzar más allá de la mera liberalización comercial con países en desarrollo como los andinos, es decir, no existe un compromiso serio de avanzar hacia etapas más profundas como el Mercado Común, Unión Económica, etc., y más bien se puede constatar que algunos países tienen mayor interés en otorgar mayor preferencia a la celebración de Acuerdos de Libre Comercio, con países desarrollados.

Quizás se alegue que las decisiones 632 y 689 fueron dadas para salvar al proceso de integración andino ya que existía la gran probabilidad de que si no se hubiera aprobado tales modificaciones, en su afán de garantizar la legalidad de los Tratados de Libre Comercio, ambos países hubieran denunciado dicho acuerdo. Es verdad, sin embargo tampoco se puede desconocer que se fracturó el régimen común instituido por la Decisión 486, generando además una serie de consecuencias, entre los más graves, contribuir a la salida de Venezuela del proceso subregional andino, que sin lugar a duda produjo una serie de efectos de índole económico, social, político en la Comunidad Andina.

Afirmamos que el régimen común se fracturó porque este concepto implica *“aquellas disposiciones que sustituyan sin más al Derecho de los Estados miembros, es decir, para generar un Derecho único para todo el ámbito comunitario”*^{391,392}. En otras palabras, implican la

Para el presente caso es aplicable el núm. 4 del Anexo I que prescribe como excepción a la regla de mayoría absoluta: *“Aprobar las normas que sean necesarias para hacer posible la coordinación de los planes de desarrollo y la armonización de las políticas económicas de los Países Miembros”*. El artículo 27 del Acuerdo de Cartagena por su parte desarrolla el artículo 26 del mismo cuerpo normativo, en el sentido de regular ciertas posibles opciones ante la eventualidad de que existiere un voto negativo. Para ello, establece que las propuestas de adopción de una Decisión que *“[...] fueren objeto de algún voto negativo deberán ser devueltas al proponente para la consideración de los antecedentes que hubieren dado origen a ese voto negativo. En un plazo no menor de un mes ni mayor de tres, el proponente elevará nuevamente la propuesta a la consideración del órgano que corresponda con las modificaciones que estime oportunas y, en tal caso, la propuesta así modificada se entenderá aprobada si cuenta con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros”*. De lo preceptuado se puede evidenciar que su aprobación fue válida, porque contó con el procedimiento establecido y su aprobación se dio por mayoría absoluta, es decir, con el consentimiento de Perú, Colombia y Ecuador.

³⁹¹ Carlos Francisco Molina del Pozo, El ordenamiento jurídico de la Unión Europea, Madrid, DIJUSA, 2002, P. 538

³⁹² El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el proceso N° 02-AN-2007 procedió a establecer el alcance e implicaciones de los regímenes armonizado y común a los que se refiere el Acuerdo de Cartagena. El Tribunal se manifiesta indicando que *“[...] el régimen común resulta ser propio de la naturaleza supranacional de la*

existencia de normas comunes para los estados³⁹³, en donde la reducción de las diferencias es tal que no permite diferendos normativos entre las legislaciones de los países miembros, por tanto, no otorgan un margen de flexibilidad para la variación de la norma en el desarrollo e interpretación de la misma. Sólo y excepcionalmente con base en el principio de complemento indispensable se permite el desarrollo de la norma común por vía interna, para garantizar la correcta aplicación y ejecución de la norma.³⁹⁴ La Decisión 689, rompe el esquema del régimen común, al facultar a los países a la utilización y aplicación de diferentes instrumentos normativos en torno a las mismas áreas reguladas por la Decisión 486, porque por un lado, permitió que Bolivia y Ecuador continuasen aplicando el régimen de propiedad industrial en su totalidad, en cambio, para el caso de Colombia y Perú se introdujo modificaciones para que éstos desarrollen y profundicen en sus ordenamientos internos aspectos regulados por la Decisión 486. En tal sentido, la Decisión 689 no podría considerarse un Derecho único para los 4 países miembros, desde que sólo es aplicable para Colombia y Perú.

Comunidad, debido a que la Comisión no es ya la llamada a establecer una estrategia de aproximación de las legislaciones de los Países Miembros, sino que se constituye en el órgano comunitario encargado de emitir una norma común para ellos, la cual no permite variaciones entre cada país ni concede un margen de maniobra a los Estados sobre el modo de emplear la misma. Dado que se trata de una norma aplicable a todos los Países Miembros, ésta debe ser entendida y aplicada en un solo sentido por parte de ellos, pues la interpretación de las mismas es de competencia exclusiva de este Tribunal, órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, y sólo se permitirán normas emitidas en desarrollo de la norma común por la vía interna cuando ésta esté destinada a garantizar el cumplimiento y la efectividad de la misma en el plano interno, a través del principio de complemento indispensable[.] El régimen común andino, por mandato del Acuerdo de Cartagena, podrá establecerse, de conformidad con el artículo 55, en materia de tratamiento de capitales extranjeros y, entre otros, marcas, patentes, licencias y regalías. Asimismo, es posible que el régimen común andino sea establecido progresivamente, dados los avances de la Comunidad, no obstante ello, se deberá tener presente que un régimen de esa naturaleza implica, en todos los casos, la existencia de una norma única para todos los Países Miembros.” (Proceso N° 02-AN-2007, Acción de Nulidad del 17 de noviembre de 2009, G.O. Núm. 1798 de 27 de enero de 2010)

³⁹³ A nuestro juicio al igual que los Reglamentos en la Unión Europea, el régimen común tendría la vocación unificadora de las legislaciones nacionales, porque tiende a excluir cualquier particularidad o divergencia interna. (Rodrigo Javier Garrón Bozo, Derecho Comunitario, La Paz, CIMA, 2004, P. 37.)

³⁹⁴ La excepcionalidad es el Complemento Indispensable; al respecto el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se ha manifestado reiteradamente sosteniendo que “*la facultad reglamentaria por la legislación interna de los Países Miembros es excepcional y que se rige por el principio de complemento indispensable que se consagra de la siguiente manera: “no es posible la expedición de normas nacionales sobre el mismo asunto, salvo que sean necesarias para la correcta aplicación de aquéllas”, a ello se agrega que “sólo serían legítimas aquellas complementarias que resulten ser “estrictamente necesarias para la ejecución de la norma comunitaria y, por tanto, que favorezcan su aplicación y que de ningún modo la entraben o desvirtúen”, y precisa que según el complemento indispensable “no es posible la expedición de normas nacionales sobre el mismo asunto, salvo que sean necesarias para la correcta aplicación de aquéllas. Este régimen de excepción, dada su naturaleza de tal, debe ser aplicado en forma restringida de acuerdo con normas elementales de hermenéutica jurídica. Significa esto que para que tenga validez la legislación interna se requiere que verse sobre asuntos no regulados en lo absoluto por la comunidad”* Proceso 131-IP-2008, Interpretación Prejudicial del 1ro. de abril de 2009, G.O. Núm. 1729 de 3 de julio de 2009.

Desde nuestra concepción el impacto de la Decisión 689 es tal que ni siquiera dicha norma comunitaria puede asimilarse a un régimen armonizado, considerado este como una etapa anterior al régimen común^{395,396}, que refiere a la aproximación de legislaciones, es decir, en virtud de esta figura jurídica se tiende a disminuir de manera progresiva las diferencias de los ordenamientos internos de los países miembros, por lo tanto, a diferencia del régimen común que establece normas rígidas, dichas normas son amplias y flexibles, otorgando márgenes de maniobra para que los países miembros puedan desarrollar la norma comunitaria, dando lugar a que los estados posean ciertas particularidades y diferencias, pues no olvidemos que las normas de aproximación, son aquellas que sólo inciden parcialmente en el derecho interno de los países miembros, fijando los fines o resultados, y dejando a los países la libertad de elección de los medios y formas³⁹⁷. A nuestro juicio, la Decisión 689 tiene las características de un régimen armonizado, ya que deja a los ordenamientos internos márgenes de flexibilidad para que la

³⁹⁵ La evolución del régimen armonizado es el régimen común, ésta última representa la profundización del régimen armonizado, porque a diferencia del régimen armonizado que busca aproximar los ordenamientos jurídicos de los países miembros, en el régimen común se busca unificar o uniformizar a las legislaciones de los estados miembros. Como señala Francisco del Pozo Molina, “toda aproximación entraña un mínimo de unificación, bien que sea tan sólo en el punto concreto que se suministra a los Estados como referente común e indispensable, y toda unificación no deja de ser una aproximación de extrema intensidad” (C. Molina, 2002: P. 539).

³⁹⁶ Con relación al régimen armonizado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, explica que “*el régimen de armonización normativa tiene como característica fundamental la aproximación de las legislaciones de los Países Miembros, sin que esta armonización exceda de los parámetros establecidos; en otras palabras, la armonización significa la reducción de diferencias de las legislaciones de los Países Miembros a partir de la identificación de elementos comunes y del establecimiento de normativas que estén destinadas a una reducción progresiva de las diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, sin que ello conlleve la imposición o establecimiento de un régimen común, desde que en el régimen armonizado sólo se pretende disminuir las diferencias a través de la aproximación de legislaciones, en tanto que los Países Miembros mantienen un margen de maniobra, regulado a través de una estrategia o programa, destinado a reducir de forma gradual las mismas[...]. Esta estrategia o programa de armonización de legislaciones resulta ser un espacio normativo por el cual los Países Miembros, de manera directa o a través de la Comisión, deben fijar los plazos, los medios y la forma por los cuales ellos deberán adecuar progresivamente sus legislaciones, a efectos de que en un período determinado hayan reducido las diferencias en sus normativas; pero, de modo que aún habiendo reducido éstas, los Estados mantengan en sus normativas internas elementos jurídicos propios de cada país. Por lo expuesto, un régimen armonizado implica que los Estados van a ir modificando sus legislaciones de manera independiente a la de los otros Países Miembros en el marco de una estrategia diseñada por éstos o por la Comisión, la cual debe buscar el cumplimiento y efectividad de los objetivos perseguidos por la Comunidad Andina. La profundización del sistema de un régimen armonizado conlleva la existencia de un régimen uniforme, el cual implica que la reducción de las diferencias normativas de los Países Miembros haya llegado a su máxima expresión en donde no existan ya éstas entre las distintas legislaciones, pero a partir de la evolución propia de la norma nacional en el marco de un programa o estrategia establecida entre éstos o por la Comisión, de manera tal que el régimen uniforme responda a una evolución natural del régimen armonizado.*” (Proceso N° 02-AN-2007, Acción de Nulidad del 17 de noviembre de 2009, G.O. Núm. 1798 de 27 de enero de 2010)

³⁹⁷ C. Molina, 2002: P. 539.

desarrollen en sus legislaciones internas, dejándoles la elección de los medios y las formas, sin embargo, el hecho de no obligar a todos los países miembros la aplicación y ejecución de la Decisión 689, y más bien facultar a los países que deseen aplicarla adscribirse a ella, hace que dicha norma rompa el esquema de la armonización de la Comunidad Andina, ya que por disposición del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, las decisiones obligan a los Países Miembros, por tanto, son de aplicación general³⁹⁸. Desde el momento en que Bolivia y Ecuador aplicasen la Decisión 486 en su integridad, y Colombia y Perú decidieren aplicar la 689 que en muchos aspectos modifica la Decisión 486, la Decisión 689 no puede considerarse de alcance general, sino más bien particular.

A nuestro juicio, en referencia al régimen de propiedad industrial, se trataría de un régimen sui generis pues habría un híbrido entre ambos, es decir, no se trataría de un régimen común, pero tampoco habría un régimen armonizado, todo esto desde que la Decisión 689 da lugar a que la aplicación de determinadas categorías jurídicas sea diferente para los países miembros.

Realizando un análisis del derecho comparado, con especial referencia a la Unión Europea, la decisión 689 se encontraría en el ámbito de las directivas³⁹⁹ que constituyen reglas de aproximación y que “*Aunque por regla general la directiva se dirige a todos los Estados miembros, ello no es obligatorio, según el tenor de los Tratados, ya que en ciertos casos, la directiva puede dirigirse sólo a un Estado miembro o varios de éstos*”,⁴⁰⁰ es decir, al establecer explícitamente que la directiva obliga a sus destinatarios, da lugar a que estos vayan dirigidos a uno o varios o todos los Estados miembros. Desde nuestra perspectiva, desde que Colombia y Perú decidieron adscribirse a la Decisión 689, dicha norma comunitaria solamente les sería obligatoria y vinculante a ambos países, y no tendría efecto alguno sobre Bolivia y Ecuador, por tanto, a partir de esta decisión se estaría marcando una nueva directriz jurídica, desde que antes de la Decisión 689 todas las normas eran de alcance general, pero a partir de la mencionada norma comunitaria se estaría aceptando que las normas comunitarias puedan tener alcance

³⁹⁸ El artículo 2 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina establece que “*Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina*”.

³⁹⁹ Tal como señala el Tratado de la Unión Europea “*La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios*” (Tratado Constitutivo de la Unión Europea Art. 249).

⁴⁰⁰ C. Molina, 2002: P. 488, En el mismo sentido Guy Isaac, menciona que “*En principio la directiva no es de alcance general*” desde que el tratado prevé que ella no “*obliga*” sino a sus “*destinatarios*”. (Guy Isaac, Manual de Derecho Comunitario general, Barcelona, Ariel Derecho, 1997, P. 152.

particular, ya sea que estas vayan dirigidas a uno o varios países, tal como sucede en la Unión Europea.

En el ámbito institucional, la Decisión 689 repercutiría en las labores del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por cuanto la mencionada decisión en determinados casos remite el desarrollo normativo a los países miembros, y tomando en cuenta que el Tribunal de Justicia no tiene jurisdicción para interpretar la legislación interna⁴⁰¹, tendría como efecto inmediato la disminución de interpretaciones prejudiciales⁴⁰² en torno a dichas áreas, sin embargo dicho aspecto no tiene mayores repercusiones, por cuanto es un análisis simplemente cuantitativo. A nuestro juicio, cualitativamente la Decisión 689 tendrá efectos en la actividad de interpretación del Tribunal, porque al existir dos países que tienen facultades para desarrollar y profundizar la Decisión 486 en determinadas áreas, la actividad de garantizar la interpretación y aplicación uniforme del ordenamiento comunitario y en particular del régimen de propiedad intelectual plasmado en la Decisión 486, se vería afectada, pues las interpretaciones para el caso de Colombia y Perú, tendrían que ser distintas toda vez que dicha interpretación les es vinculante y obligatorio. Dado que se trata de una norma que no es aplicable a todos los Países Miembros, ésta no puede ser entendida y aplicada en un solo sentido por todos los Países Miembros.

Conclusiones.

Los países miembros de la Comunidad Andina, al igual que los demás países en desarrollo y menos desarrollados aceptaron el ADPIC, no porque precisamente estuvieren de

⁴⁰¹ Al respecto, el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina establece en su artículo 34 *“En su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referida al caso concreto. El Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, no obstante lo cual podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada”* (El subrayado es nuestro).

⁴⁰² Tal como expresa el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su artículo 131, la finalidad de la interpretación prejudicial es asegurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina en el territorio de los Países Miembros. En el mismo sentido, en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se ha expresado que *“Es función básica de este Tribunal, indispensable para tutelar la vigencia del principio de legalidad en el proceso de integración andina y para adaptar funcionalmente su complejo ordenamiento jurídico, la de interpretar sus normas a fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembro”* (Proceso No. 1-IP-87. No. 28 de 15 de febrero del 1988). De la misma forma, como señala Ricardo Alonso García, *“La piedra angular de la Comunidad no es sin más una misma norma común, sino una norma “interpretada y aplicada de la misma manera en toda la extensión de un mismo territorio por los Tribunales de todos los Estados Miembros”*” (Ricardo Alonso García, “el juez español y el derecho comunitario” mencionado por Ricardo Vigil Toledo en Tribunal Andino de Justicia, Testimonio Comunitario, Quito, TJCA, 2004. P. 140-141). En consecuencia, podemos manifestar que la interpretación prejudicial se ha establecido como un mecanismo jurisdiccional para garantizar la aplicación e interpretación uniforme del ordenamiento comunitario andino en todos los Países Miembros.

acuerdo con esta, sino en la esperanza de que los países industrializados liberalicen los mercados de productos agrícolas y textiles, sin embargo esto no ocurrió y hoy bajo la misma retórica, se celebran Acuerdos de Libre Comercio.

La llegada del ADPIC constituye un reto fundamentalmente para los países en desarrollo y menos desarrollados ya que representa una limitante importante al margen de maniobra en la elección de políticas de propiedad intelectual adecuadas al contexto, socioeconómico, cultural y político de dichos países. El ADPIC obligó a los países miembros de la Comunidad Andina ajustarse a los requerimientos que se exigían, así en el ámbito subregional se emitió la Decisión 486. Esto indudablemente repercutió en el proceso subregional, ya que limitó las facultades de los formuladores de políticas en cuanto a la libertad para adaptar la propiedad intelectual a los objetivos de política subregional.

Sin embargo, a partir de la celebración de Acuerdos de Libre Comercio por parte de Estados Unidos con Colombia y Perú, se logró imponer estándares de protección de propiedad intelectual mucho más elevados que el ADPIC, imponiendo nuevas y rigurosas medidas, profundizando de manera general los derechos de propiedad intelectual y al mismo tiempo contrariando en muchos aspectos el Régimen de Propiedad Industrial de la Comunidad Andina. Sin duda, esto obligó a Colombia y Perú a procurar la adecuación del régimen de propiedad industrial a los requerimientos de los Acuerdos de Libre Comercio suscritos. Dicha labor no sería fácil, ya que muchas cláusulas de los Acuerdos serían contrarias a las políticas de desarrollo, pero que finalmente se lograrían, no sin generar en el tránsito efectos negativos tales como constituir en elemento coadyuvante para la salida de Venezuela al proceso subregional andino.⁴⁰³

Las decisiones 632 y 689 son el resultado de lo acordado en el Tratado de Libre Comercio celebrado por los países andinos con Estados Unidos, y el efecto de éste en los países de la subregión puede ser vista desde dos ópticas: por un lado desde la perspectiva de las políticas de desarrollo, se puede observar claramente que al establecer **compensaciones** por retrasos en la otorgación de patentes, prolongan el período de protección de los derechos de propiedad intelectual ya establecidos por el ADPIC y por la Decisión 486, generando consecuentemente efectos contrarios para la sociedad, olvidando que la protección de la

⁴⁰³ La razón fundamental del retiro de Venezuela de la Comunidad Andina fue la celebración de los tratados de libre comercio con Estados Unidos, situación que produjo un resquebrajamiento profundo del proceso de integración subregional, más allá de que su salida haya sido por razones ideológicas. Para esto, es suficiente ver la Carta de denuncia de Venezuela al Acuerdo de Cartagena del 22 de abril de 2006.

propiedad intelectual se justifica siempre y cuando contribuya con el objetivo final: bienestar social. De la misma forma, al permitir proteger temporalmente los datos de prueba existe el peligro de que la exclusividad podría retrasar la entrada de nuevos competidores fabricantes de genéricos al mercado de productos farmacéuticos, con las inevitables consecuencias sobre los precios de los medicamentos. Ahora bien, en cuanto a la excepción bolar, consideramos que dicha cláusula es positiva toda vez que permite a las compañías genéricas entrar al mercado tan pronto como expire la protección de las patentes respectivas. Por otra parte, desde el punto de vista de sus efectos en el proceso de integración andino, pueden ser vistos desde 4 perspectivas: Desde el ámbito económico la Decisión 689 da lugar a que se generen incentivos a favor de Colombia y Perú para atraer capital y tecnología externa en detrimento de Bolivia y Ecuador y por otro lado genera nuevamente diversas pautas y exigencias, lo cual constituye un obstáculo a la libre circulación de bienes y servicios; ambos aspectos desdican con la noción régimen común, supuesto básico para lograr un mercado común en el proceso de integración subregional andino. Desde el ámbito político, las Decisiones 632 y 689 profundizaron los derechos de propiedad intelectual establecidos por la Decisión 486, por tanto, importaron que las capacidades de acción en cuanto al margen de maniobra de las políticas públicas en materia de propiedad intelectual se erosionen y disminuyan enormemente, impidiendo por ende formular políticas acordes a las realidades y circunstancias de la región. Desde el punto de vista social, las decisiones 632 y 689 significaron una ampliación a las brechas del conocimiento, debido a que ambas Decisiones significaron la prolongación de los plazos monopólicos de protección de los derechos de propiedad intelectual, repercutiendo en los costos económicos de los productos y en el progreso técnico. Por otro lado y más importante: la Decisión 632 representa costos elevados para la salud de los habitantes de la subregión, toda vez que la protección temporal de los datos de prueba de los productos farmacéuticos, conllevan el peligro de retrasar el ingreso de nuevos competidores de genéricos al mercado, incrementando en consecuencia el poder de mercado de las compañías farmacéuticas y permitiendo por tanto que se impongan precios más elevados por más tiempo.

Por último, desde el punto de vista jurídico e institucional, se puede observar que la Decisión 689 representa una norma comunitaria sui generis, pues a diferencia de las demás normas derivadas que son de alcance general, ésta tiene como destinatarios a dos 2 países: Colombia y Perú. En lo institucional, mencionar que se afectará las labor de interpretación del

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ya que su función de uniformar criterios de interpretación sólo alcanzará a dos países andinos, por lo tanto, dicha función se vería un tanto afectada.

- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES GENERALES –

Es indudable que la propiedad intelectual juega un rol cada vez más importante en la economía de la globalización, porque en la competitividad de las empresas, el mayor valor agregado de los bienes y servicios estaría dado por el conocimiento inmaterial. Esto justifica su protección jurídica, sin embargo, cabe hacer la siguiente apreciación: No se puede negar que la protección de la propiedad intelectual es elemental para incentivar la innovación, la creación, mediante desarrollo científico y tecnológico, más aún en la presente era del conocimiento, sin embargo, tampoco podemos desconocer que ella se justifica en la medida de que sus beneficios para la sociedad sean mayores. En efecto, a través de la propiedad intelectual se pretende estimular la innovación a través de su protección legal en forma exclusiva y temporal, con la finalidad de beneficiar a la sociedad a partir de la difusión del progreso técnico y su posterior ingreso al dominio público.

El rol del Estado es imprescindible en la promoción y estímulo de la innovación y el desarrollo tecnológico, pues dotado de márgenes de maniobra amplios, formula políticas adecuadas para la protección de las distintas categorías de propiedad intelectual, atendiendo las necesidades y circunstancias económicas, sociales, culturales.

Sin embargo, es una realidad indiscutible que para el desarrollo de políticas en propiedad intelectual, no solamente es necesario una legislación adecuada, ya que para ser efectiva debe estar acompañada de recursos humanos en el país, desarrollo de infraestructura física e institucional, acceso a tecnología, políticas de competencia, inversión – tanto pública como privada - en investigación y desarrollo. Pensar que simplemente depende de un factor sería lo mismo que afirmar que la celebración de un Tratado de Libre Comercio per se genera mayor bienestar económico y social.

Por otro lado, la cada vez mayor internacionalización de la propiedad intelectual, ya sea mediante el nivel multilateral, plurilateral o bilateral, constituye una limitante a dichas flexibilidades en el margen de acción para el ejercicio de políticas fundamentalmente para los países en desarrollo y menos desarrollados. Sin embargo, frente a estas dinámicas, la integración regional ha constituido una salida adecuada, ya que mediante el mercado ampliado, la creación de políticas comunes, y la cooperación en el desarrollo tecnocientífico, se puede generar mayor productividad y competitividad.

Así, los países de la subregión andina, aprovechando las ventajas que otorga la proximidad geográfica, las similitudes históricas, sociales, culturales, la no existencia de una profunda asimetría económica entre sus miembros, deciden constituir en 1969 la hoy llamada Comunidad Andina, con diversos objetivos, entre ellos, lograr mayor poder de negociación, generar mayor fortalecimiento a nivel comercial y de inversiones entre los países miembros, acelerar el progreso técnico, pero todos estos objetivos con miras a lograr el objetivo último: mejorar el bienestar colectivo de la población de sus países miembros. Para ello, se establecieron diversos mecanismos, entre ellos la armonización de políticas económicas y sociales, disponiendo estrategias tales como la creación de un régimen común en materia de inversiones, marcas, patentes, regalías. En este sentido, podemos afirmar que el aspecto tecnológico desde sus inicios fue considerado para la Comunidad Andina, como fundamental para el logro de sus fines. Dicha política tecnológica se enmarcaría en el modelo de sustitución de importaciones, impulsado por la CEPAL, para quien la inversión y la propiedad intelectual, eran consideradas factores claves para la generación y aprovechamiento del desarrollo tecnológico. Así, se pretendía en virtud de dicho modelo, lograr la asimilación y transferencia de tecnología, pues los países de la región estaban conscientes de que no eran innovadores de tecnología, sino más bien importadores de tecnología y de que a través del aprovechamiento del progreso técnico se traería desarrollo económico y disminuiría la pobreza.

Sin embargo, desde que la Comunidad Andina instituyó normas comunitarias tanto en el ámbito de la propiedad industrial como en el de inversiones, tales normas fueron controvertidas, ya que iban contra las corrientes globales; mantenerse en dicha posición, les significó constantes presiones fundamentalmente externas ya sea de países o sectores industriales como el farmacéutico, que no estaban de acuerdo con lo establecido en dichos regímenes.

Desde nuestra óptica, el Régimen de Propiedad Industrial, instituido mediante la Decisión 85, inclinaba la balanza más en favor de la sociedad y de los países miembros, pues existía la convicción de que los titulares de derechos de propiedad intelectual se hallaban concentrados en los países desarrollados (95% de las patentes en sus manos). Sin embargo, dicha decisión tuvo obstáculos desde el inicio, ya que de los 5 países miembros (se incluye a Venezuela) sólo 3 aplicaron dicha normativa. Por otra parte, el régimen de inversiones, ámbito donde la Comunidad Andina regulaba casi todos los temas, tenía como propósito lograr una transferencia de tecnología, mediante la conversión a las empresas extranjeras en firmas nacionales, y de la

misma forma tuvo obstáculos en cuanto a su aplicación, por falta de coherencia política y un compromiso serio en este ámbito. Ambos regímenes, no durarían mucho tiempo, ya que además de las presiones de diversos sectores y la mala administración de los recursos, la economía latinoamericana sufrió severos golpes externos, tales como la caída del petróleo, la crisis del endeudamiento externo, la aplicación de programas de ajuste estructural, factores que provocaron inevitablemente un debilitamiento al proceso subregional, accediendo en consecuencia, a modificar poco a poco dichos regímenes. De esta manera, el régimen de propiedad industrial sufrió constantes cambios en cortos períodos de tiempo, hasta llegar a la Decisión 486 norma que representa la adecuación al sistema multilateral y los intereses de los países desarrollados. Sin embargo, también es necesario reconocer que la Decisión 486 dentro del marco de flexibilidad que permite el régimen multilateral, adapta muchos preceptos a la realidad de la región andina y en determinados casos la moderniza, sin que muchos de los países destinatarios sepan cumplir ni valerse de estos avances.

En el régimen de inversiones, de igual forma, se fue modificando poco a poco, hasta llegar a la Decisión 391, normativa que no puede ser considerada como régimen común, ya que las facultades otorgadas por los países miembros a los organismos supranacionales, fueron devueltas, casi en su totalidad.

Los otros regímenes de propiedad intelectual regulados por la Comunidad Andina, se enmarcaron con las nuevas tendencias aperturistas, por tanto, son más rígidas en relación a las normas internacionales predecesoras. En lo referente al régimen de Derecho de Autor, se puede observar que esta se realizó considerando los requerimientos de los países miembros de la Comunidad Andina y también del sistema multilateral a efecto de no contrariarlo y a estar obligado a su pronta modificación. De la misma forma se hizo en el régimen de obtentores vegetales, cuya Decisión 345 fue un reflejo de las normas UPOV de 1991 aunque se hizo ciertas salvedades tales como la denominada “excepción del agricultor” que son positivas para el desarrollo de nuestros pueblos. Sin embargo, nos parece criticable el hecho de privilegiar el conocimiento científico, olvidando que los países de la región poseen muchas variedades vegetales producto del conocimiento tradicional. Por último, en cuanto al régimen del acceso a recursos genéticos, ésta sigue siendo débil, pues hasta el día de hoy no ha logrado la distribución equitativa de los beneficios económicos a favor de nuestros pueblos y comunidades indígenas, afroamericanas y campesinas.

En relación a las políticas en materia de competencia, conviene señalar que aún su funcionalidad es escasa, tanto jurídica como institucionalmente, para un efectivo control al ejercicio abusivo de un derecho de propiedad intelectual por su titular y para un control efectivo sobre el otorgamiento de licencias exclusivas.

En lo que refiere al ámbito institucional de la Comunidad Andina en relación a la Propiedad Intelectual y la ciencia y tecnología, señalar que más allá de su regulación jurídica, no ha tenido gran impacto en el proceso de integración andino, y que muchos de ellos ya sea por falta de interés o voluntad no han podido siquiera materializarse físicamente. De otra parte, en cuanto al mecanismo aún vigentes CACYT, estimamos que los países andinos principalmente desde la celebración de los Acuerdos de Libre Comercio por Colombia y Perú con Estados Unidos, y desde que Venezuela denuncia del Acuerdo de Cartagena, ha disminuido su interés en profundizar el proceso mismo de integración regional.

En lo que refiere a inversión en investigación y desarrollo, es claro que la participación en dicho emprendimiento por parte de los países andinos es aún escasa, y mientras esta situación no cambie, difícilmente podremos aspirar al desarrollo tecnológico y científico, limitando por ende nuestras aspiraciones de lograr el tan anhelado desarrollo económico y social.

Ahora bien, desde inicios del presente siglo, la Comunidad Andina se enfrenta a nuevos retos, ya que a partir de la celebración de los Acuerdos de Libre Comercio, se produjo una serie de consecuencias, no sólo en el ámbito de propiedad intelectual, sino también en otras áreas tales como el arancel externo común, régimen de precios, etc. aspectos que malograron el proceso de integración subregional, siendo la consecuencia mayor, la salida de Venezuela, más allá de las posiciones ideológicas que pudiera tener.

En efecto, en el ámbito de propiedad intelectual la suscripción de los Acuerdos de Libre Comercio por los andinos implicó una mayor profundización de los derechos de propiedad intelectual establecidos en el ADPIC, pero fundamentalmente de la Decisión 486, porque muchas de sus cláusulas eran incompatibles, por tanto sus países suscriptores se vieron obligados a lograr su modificación, ya que de no hacerlo podrían ser demandados por incumplimiento al ordenamiento comunitario.

De allí surgieron las Decisiones 632 y 689 que no son sino reflejo de los acuerdos de libre comercio, favoreciendo en sus cláusulas aún más a los titulares de derechos de propiedad intelectual, en detrimento de la sociedad. De entre sus disposiciones de mayor impacto, están la

prolongación de los derechos de patentes a través de la figura de “compensación”, la protección temporal de los datos de prueba, ámbitos que contradicen toda noción de políticas de desarrollo, dado que ambas retrasan el progreso técnico, mantienen por más tiempo precios elevados y sobre todo en cuanto a este último (datos de prueba) afectan al derecho a la salud. Sin embargo, tampoco debemos desconocer que hubo una cláusula positiva denominada “excepción Bolar” lo cual es positivo y aplaudible, ya que permite a las compañías genéricas entrar al mercado tan pronto como expira la protección de las patentes respectivas.

A modo de reflexión, llama la atención que la emisión de estas nuevas Decisiones desdice de la seriedad que se le debe dar a un proceso de integración como el previsto en la Comunidad Andina; estos hechos no son sino reflejo de que algunos países andinos se interesan más por suscribir Acuerdos de Libre Comercio con naciones desarrolladas, que comprometerse seriamente en una integración que vaya más allá de la mera liberalización comercial con países en desarrollo.

En cuanto a su repercusión en el proceso de integración, es claro que las modificaciones tuvieron consecuencia en sus distintos ámbitos: en lo político, a partir de una mayor rigurosidad que el ADPIC y la Decisión 486 cercenó aún más los márgenes de maniobra para la adopción de políticas adecuadas al contexto económico, social, cultural de la subregión; en el ámbito económico, el régimen común, supuesto básico del mercado común, se resquebrajó, dando lugar a que se generen incentivos discriminatorios, desde que sus cláusulas eran aplicables sólo para dos de los países andinos, y por otra parte, dio lugar a que al interior de la Comunidad se den distintos tratamientos técnicos y procedimentales en materia de propiedad intelectual, situación que obstaculiza la libre circulación de bienes y servicios; en el ámbito social, se dio lugar a que se prolonguen por más tiempo las protecciones legales exclusivas y temporales, situación que genera que las brechas tecnológicas se ahonden, y por otra parte, afectando a la sociedad en su derecho a la salud; por último, en lo jurídico, se generó un retroceso en el régimen común, ya que al ser la Decisión 689 obligatoria para dos países, dicho concepto “común” se rompe; sin embargo, dicha decisión tampoco podría ser catalogada de régimen armonizado, desde que no es de aplicación general. En lo institucional, la Decisión 689 afecta en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el ejercicio de sus funciones, pues una de sus principales prerrogativas es garantizar la aplicación uniforme del ordenamiento comunitario en todos los países miembros, sin embargo, con la mencionada Decisión, su alcance interpretativo sería más restringido.

En definitiva, de lo visto hasta ahora concluimos mencionando que la Decisiones 632 y 689 afectaron negativamente en el proceso de integración andino, generando efectos en los distintos ámbitos, como los mencionados.

Ahora resta por hacer la siguiente consideración: desde mi punto de vista, hoy el elemento económico, en la perspectiva tradicional de las fases de integración, esto es, perfeccionar el nivel de Unión Aduanera, pasar al Mercado Común, etc., en el proceso subregional andino, ya no es un tema prioritario para la Comunidad Andina, considerando que los tratados de libre comercio celebrados por Colombia y Perú ambos con Estados Unidos, significaron un resquebrajamiento no sólo el régimen de propiedad intelectual, sino también el de franja de precios y el arancel externo común⁴⁰⁴. Todos estos elementos nos llevan a afirmar que el progreso del proceso de integración en términos económicos y comerciales, no va más. Sin embargo, tampoco estimamos que la Comunidad Andina desaparezca, pues desde la década del 90 hubo una mayor transversalización y mayor impulso de la integración a otras áreas tales como la social, física, medioambiental, y dichos temas en términos generales avanzan progresivamente. Tal vez, la mejor alternativa sea trabajar más en estos ámbitos, y en lo comercial intentar mantener la Zona de Libre Comercio aún existente.

Pero tal vez, es momento de pensar en nuevas alternativas al interior de la Comunidad Andina como en la relación con terceros países, tales como la cooperación en un marco bilateral, dado que el contexto actual, donde las diferencias ideológicas son parte de la política exterior de los países, es muy difícil un emprendimiento a escalas mayores. A través de la cooperación bilateral, se lograría aunar fuerzas en pro de alcanzar de manera más pronta un desarrollo tecnológico científico, por ejemplo, a través de emprendimientos institucionales conjuntos tales como los gabinetes ministeriales binacionales, o iniciativas a otro nivel como las Universidades Públicas, para la creación de parques tecnológicos, institutos de investigación científica conjunta, intercambio de información, cooperación tecnológica, etc. En definitiva, existe la necesidad de incorporar elementos pragmáticos en la política exterior de los países andinos, es decir, utilizar todos los mecanismos e instrumentos funcionales para que a partir de intereses convergentes, visión de largo plazo se logre superar gradualmente las barreras tecnológicas.

⁴⁰⁴ En lo que refiere al Arancel Externo Común, cabe reconocer que el no haberla perfeccionado antes del Tratado de Libre Comercio y haber sido siempre prorrogada constantemente, es culpa netamente de la falta de voluntad política de los países andinos. Sin embargo, también cabe hacer notar que con el TLC, queda nula toda posibilidad de Arancel Externo Común a posteriori.

En lo que respecta a la Propiedad Intelectual en el nivel multilateral, aprovechando que la Ronda de Doha aún no concluye, propender al mantenimiento de las normas multilaterales existentes, esto es, el ADPIC., pues indudablemente los países desarrollados detentarán su profundización y dado que gran parte de los países en desarrollo ya celebraron acuerdos de libre comercio con normas de propiedad intelectual mucho más rígidas existirá mayor dificultad, pues estos países no tendrán incentivos para rechazar u obstaculizar su profundización.

En lo que refiere a la celebración de Tratados de Libre Comercio, buscar el trato especial y diferenciado para los países en Desarrollo en cuanto a la Propiedad Intelectual, pues es incuestionable las radicales diferencias científicas y tecnológicas de los países desarrollados en su relación con los países en desarrollo y menos desarrollados; no cabe duda de que un trato más justo y equitativo sería beneficioso para los países de la región andina.

Por otra parte, considerando que la riqueza en biodiversidad y conocimientos ancestrales se concentra en la región, y tomando en cuenta que los mecanismos utilizados con motivo de garantizar la distribución efectiva y equitativa de los beneficios económicos que otorgan tales recursos hasta el momento han sido infructíferos, en nuestra perspectiva, es posible utilizar este nexo común (biodiversidad y conocimientos tradicionales) como catalizador para su incorporación en el sistema multilateral (OMC)⁴⁰⁵, y de esta forma ser vinculante y obligatorio para los países industrializados, que hasta ahora han sido reticentes.

Del mismo modo dinámicas como la Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra, llevada a cabo del 19 al 22 de Abril del año 2010 en Tiquipaya, Cochabamba, Bolivia⁴⁰⁶, constituyen herramientas importantes con miras al cambio de las reglas en torno a la propiedad intelectual⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ Un ejemplo claro de incorporación sería a través del apoyo masivo por parte de todos los países de América Latina y el Caribe (y no sólo de Cuba, Ecuador, Guatemala y Nicaragua, como sucede actualmente) al documento IP/C/W/545 (Disponible en www.wto.org) de 26 de febrero de 2010 presentado por Bolivia ante la OMC para modificar el ADPIC en torno a la biodiversidad y conocimientos tradicionales. Para mayor información ver: Puentes Quincenal “Consejo ADPIC debate sobre acceso a medicinas y biodiversidad” • Volumen 7 • Número 5 • 16 de marzo de 2010 <http://ictsd.org/i/news/puentesquincenal/72390/>

⁴⁰⁶ Conferencia Mundial que fue apoyada por la Unión de Naciones Suramericanas, a través de la Declaración Final de la Reunión Extraordinaria del Consejo de jefes y jefas de Estado de la Unión de Naciones Suramericanas del 4 de mayo de 2010. Para mayor información véase www.comunidadandina.org

⁴⁰⁷ En el Documento final de la Conferencia Mundial de los Pueblos Indígenas y los Derechos de la Madre Tierra se puede constatar que al considerar como eje fundamental del encuentro al Medio Ambiente y la Madre Tierra se otorga marcada relevancia a la propiedad intelectual y los conocimientos ancestrales; éstos son concebidos como

elementos determinantes para revertir los efectos del cambio climático, por esto, se realiza una serie de proposiciones que a nuestro juicio son positivas. Para mayor información véase cmpcc.org

ANEXO 1

DINÁMICA DE PATENTAMIENTO EN LA OFICINA DE PATENTES Y MARCAS DE LOS ESTADOS UNIDOS (USPTO)

DISTRIBUCIÓN DEL NÚMERO ACUMULADO DE PATENTES CONCEDIDAS A NO RESIDENTES POR LA USPTO, 1990-1994 Y 2002-2006
(En porcentajes)

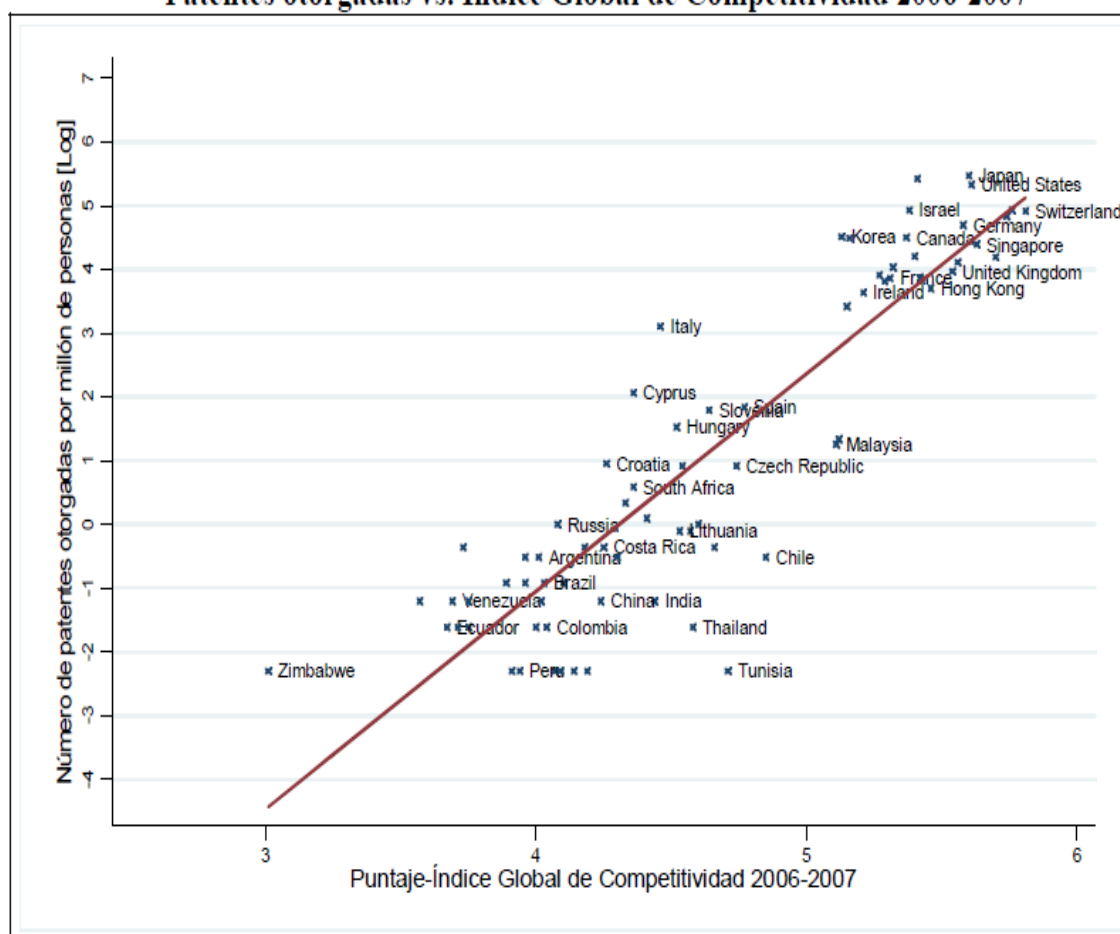
	1990-1994	2002-2006
Japón	47,5	43,7
Alemania	16,1	13,3
República de Corea	1,3	5,7
Reino Unido	5,6	4,5
Francia	6,5	4,5
Canadá	4,4	4,2
Italia	2,8	2,0
Países Bajos	2,0	1,6
Suiza	2,7	1,6
Israel	0,7	1,4
Australia	1,0	1,3
Iberoamérica	0,7	0,8
India	0,1	0,5
Otros	8,8	15,1
Total no residentes	100	100

FUENTE COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

ANEXO 2

VINCULACIÓN DE LA COMPETITIVIDAD CON LA PRODUCCIÓN DE CONOCIMIENTO PATENTABLE

Los países más competitivos son a su vez los que producen más patentes
Patentes otorgadas vs. Índice Global de Competitividad 2006-2007



Fuente: World Economic Forum. El coeficiente de correlación (R cuadrado) entre las dos variables es igual a 0.806.

ANEXO 3

INDICADORES DE PROPIEDAD
INTELLECTUAL

Cuadro IV.1
AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE: INDICADORES DE PROPIEDAD INTELLECTUAL
(Promedio períodos 1990-1994 y 2000-2004)

Regiones y países	Gasto en I&D (en millones de dólares, precios de 2000)		PIB (en miles de millones de dólares, precios de 2000)		(&D)/PIB (en porcentajes)		Solicitudes de patentes en oficinas locales				Solicitudes de patentes en la USPTO		Obtenciones vegetales en la UPOV ^a		Población (en millones)	
	1990-1994	2000-2004	1990-1994	2000-2004	1990-1994	2000-2004	Residentes	Extranjeros	1990-1994	2000-2004	1990-1994	2000-2004	1990-1994	2000-2004	1990-1994	2000-2004
	1990-1994	2000-2004	1990-1994	2000-2004	1990-1994	2000-2004	1990-1994	2000-2004	1990-1994	2000-2004	1990-1994	2000-2004	1990-1994	2000-2004	1990-1994	2000-2004
Total	6.833	11.080	1.546,40	2.018,60	0,40	0,50	4.496	5.504	18.388	39.177	371	700	68	258	444	519
Brasil	4.085	6.086	479,9	622,6	0,85	0,98	2.301	3.360	5.525	12.660	117	246	0	91	154	179
México	1.030	2.399	444,2	591,8	0,23	0,41	568	505	6.668	12.514	95	181	0	27	86	100
Argentina	726	1.129	223,7	269,7	0,32	0,42	776	753	2.161	4.537	61	119	58	107	33	38
Subtotal	5.841	9.614	1.147,80	1.484,10	0,51	0,65	3.645	4.618	14.374	29.711	273	546	58	225	273	317
Venezuela (Rep. Bol. de)	274	316	106,1	114,1	0,26	0,28	221	130	1.309	2.182	44	36	0	0	21	25
Colombia	154	160	70,1	87,9	0,22	0,18	111	71	652	1.012	10	21	0	7	36	44
Chile	263	502	48,2	80,5	0,55	0,62	154	318	1.003	2.414	12	34	9	9	14	16
Perú	20	64	38,3	56,5	0,05	0,11	31	35	265	895	5	7	0	0	23	27
Cuba	128	181	17,0	30,2	0,75	0,60	151	143	33	172	4	11	0	0	11	11
Subtotal	839	1.223	279,7	369,2	0,30	0,33	668	697	3.262	6.675	75	109	9	16	105	123
Rep. Dominicana	4	10	11,9	20,8	0,03	0,05	3	14	50	159	1	4	0	0	7	9
Guatemala	7	10	14	20,2	0,05	0,05	3	21	95	276	2	2	0	0	9	12
Costa Rica	32	59	10,7	16,9	0,30	0,35	27	28	80	217	5	9	0	0	3	4
Uruguay	25	47	17	19,3	0,15	0,24	38	42	50	519	5	8	0	6	3	3
Ecuador	10	12	14,1	17,6	0,07	0,07	8	8	87	302	3	7	0	2	11	13
El Salvador	3	11	9,4	13,7	0,03	0,08	10	9	52	197	0	1	0	0	5	7
Panamá	30	41	8,2	12,2	0,37	0,34	17	10	71	208	3	6	0	1	3	3
Subtotal	111	190	85,3	120,7	0,13	0,16	106	132	485	1.878	19	37	0	9	41	51

ANEXO 4

INDICADORES DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Regiones y países	Gasto en I&D (en millones de dólares, precios de 2000)		PIB (en miles de millones de dólares, precios de 2000)		I&D/PIB (en porcentajes)		Solicitudes de patentes en oficinas locales				Solicitudes de patentes en la USPTO		Obtenciones vegetales en la UPOV ^a		Población (en millones)	
	1990-1994	2000-2004	1990-1994	2000-2004	1990-1994	2000-2004	Residentes		Extranjeros		1990-1994	2000-2004	1990-1994	2000-2004	1990-1994	2000-2004
	1990-1994	2000-2004	1990-1994	2000-2004	1990-1994	2000-2004	1990-1994	2000-2004	1990-1994	2000-2004	1990-1994	2000-2004	1990-1994	2000-2004	1990-1994	2000-2004
Trinidad y Tabago	7	11	6,1	9,5	0,11	0,12	19	3	56	208	2	3	0	0	1	1
Bolivia	24	26	6,3	8,8	0,38	0,30	31	16	62	214	1	1	0	2	7	9
Jamaica	4	5	7,2	8,3	0,06	0,06	6	11	60	65	2	3	0	0	2	3
Paraguay	3	7	6,3	7,4	0,05	0,09	11	11	54	176	0	0	0	3	4	6
Honduras	2	3	4,7	6,3	0,04	0,05	5	9	19	138	0	1	0	0	5	7
Nicaragua	2	2	2,8	4,1	0,07	0,05	3	6	36	113	0	0	0	1	4	5
Subtotal	42	54	33,4	44,4	0,13	0,12	75	56	287	914	5	8	0	6	23	1

Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Oficina de Patentes y Marcas Registradas de los Estados Unidos, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, las Ciencias y la Cultura (UNESCO), Red de Indicadores de Ciencia y Tecnología (RICYT), estadísticas de las oficinas nacionales de patentes e indicadores de ciencia y tecnología de cada país.

^a Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales.

ANEXO 5

SOLICITUDES DE PATENTES EN PAÍSES

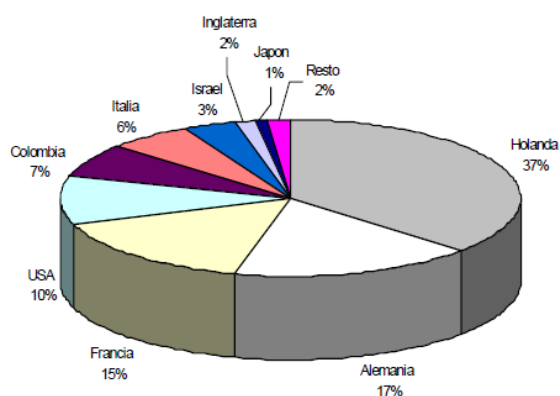
		2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Bolivia	de residents	30	40						
	de no residents	245	260						
	Total	275	300						
Brasil	de residents	8 877	9 535	10 002	10 672	11 178	13 169	10 343	
	de no residents	15 274	14 813	13 993	14 081	15 524	13 229	16 166	
	Total	24 151	24 348	23 995	24 753	26 702	26 398	26 509	
Canada	de residents	4 187	3 963	3 959	3 929	5 231	5 183	5 522	4 998
	de no residents	35 435	35 753	35 782	33 299	32 970	34 705	36 516	35 133
	Total	39 622	39 716	39 741	37 228	38 201	39 888	42 038	40 131
Colombia	de residents	75	65	53	82	76	99	143	115
	de no residents	1 694	432	528	1 127	1 365	1 662	1 860	1 861
	Total	1 769	497	581	1 209	1 441	1 761	2 003	1 976
Ecuador	de residents	54	31	13	18	49	11		
	de no residents	494	235	102	404	436	580		
	Total	548	266	115	422	485	591	756	761
Peru	de residents	40	36	29	32	38	26	38	28
	de no residents	1 045	974	840	890	812	1 026	1 232	1 331
	Total	1 085	1 010	869	922	850	1 052	1 270	1 359
Estados Unidos	de residents	164 795	177 511	184 245	188 941	189 536	207 867	221 784	241 347
	de no residents	131 131	148 997	150 200	153 500	167 407	182 866	204 183	214 807
	Total	295 926	326 508	334 445	342 441	356 943	390 733	425 967	456 154
América Latina y el Caribe	de residents	11 607	11 875	12 426	13 126	13 860	16 080	13 249	13 365
	de no residents	45 533	43 103	40 050	39 614	42 685	43 851	49 435	49 651
	Total	57 140	54 978	52 477	52 740	56 545	59 931	62 684	63 016
Iberoamerica	de residents	15 202	15 438	15 594	16 323	17 069	19 434	16 711	16 914
	de no residents	186 191	203 442	196 546	207 460	220 711	238 749	258 079	263 584
	Total	201 393	218 880	212 140	223 782	237 780	258 183	274 790	280 498
Total	de residents	184 201	196 920	203 815	209 202	211 848	232 495	244 026	263 271
	de no residents	353 000	388 497	382 807	394 561	421 365	456 589	499 123	513 908
	Total	537 201	585 417	586 623	603 763	633 213	689 084	743 149	777 179

FUENTE: RICYT

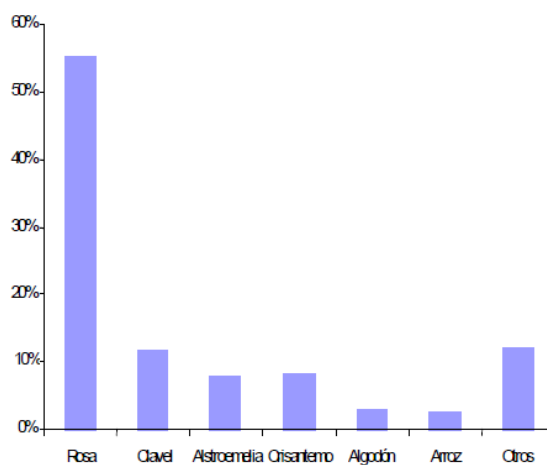
ANEXO 6

ÁREAS DE PROTECCIÓN DE LAS OBTENCIONES VEGETALES EN COLOMBIA

Solicitudes recibidas por países,
1995 – Abril 2006



Solicitudes recibidas por especie,
1995 – Abril 2006

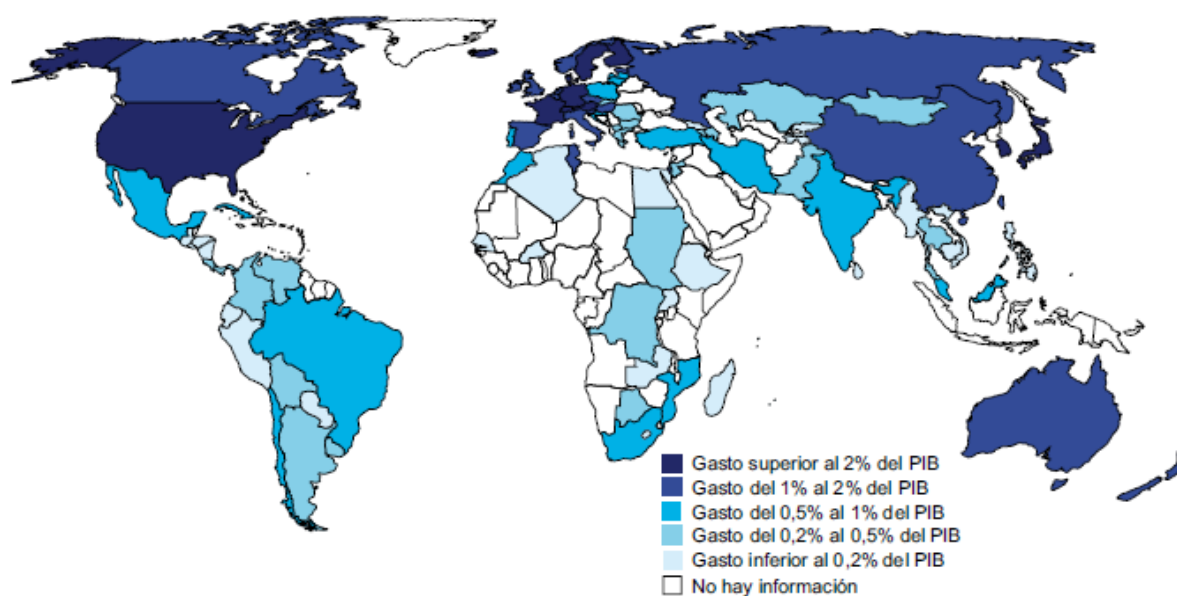


FUENTE: CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

ANEXO 7

PERFIL DE INVERSIÓN EN INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO

MAPA DEL GASTO EN INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO
(2006 o último año disponible)

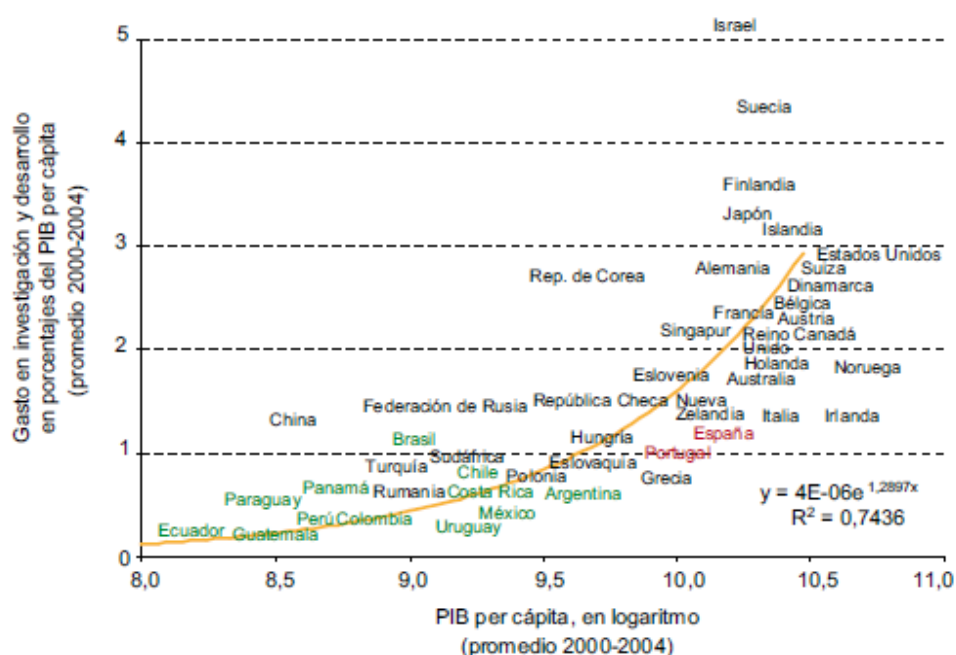


Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de información de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).

ANEXO 8

VINCULACIÓN DEL ESFUERZO INNOVADOR CON EL NIVEL CRECIENTE DE INGRESO PER CÁPITA: UNA MIRADA COMPARADA

PAÍSES SELECCIONADOS: PIB PER CÁPITA Y GASTO EN INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO, 2000-2004



Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *La transformación productiva 20 años después. Viejos problemas, nuevas oportunidades* (LC/G.2367(SES.32/3)), Santiago de Chile, mayo de 2008.

ANEXO 9

PRINCIPALES FINANCIADORES DE LA INVERSIÓN EN INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO

PAÍSES SELECCIONADOS: GASTO EN INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO
(En porcentajes)

	Gasto en I+D según sector de financiamiento (promedio 2000-2004)			Gasto en I+D según sector de ejecución (promedio 2000-2004)		
	Gobierno	Empresas	Otros	Gobierno	Empresas	Otros
Argentina	43,03	26,45	30,52	39,34	29,35	31,31
Bolivia	20,00	16,00	64,00	21,00	25,00	54,00
Brasil	58,14	39,80	2,06	21,17	40,04	38,79
Chile	46,58	42,17	11,25	11,97	37,05	50,98
Colombia	13,20	46,88	39,92	8,00	18,00	74,00
Costa Rica	14,00	30,00	56,00
Ecuador	34,25	12,15	53,61
Guatemala
Honduras
México	55,29	34,99	9,72	27,33	33,46	39,20
Panamá	28,91	0,44	70,65	44,45	0,00	55,55
Paraguay	63,15	0,01	36,84	35,93	0,00	64,07
Perú				33,29	10,18	56,53
Uruguay	17,10	46,70	36,20	19,40	49,00	31,60
América Latina y el Caribe	55,07	36,57	8,36	23,88	36,15	39,97
Portugal	55,20	36,30	8,50	14,60	38,50	46,90
España	40,06	48,42	11,52	15,57	54,36	30,07
Estados Unidos	29,99	64,35	5,65	12,23	69,49	18,29
Canadá	31,94	49,96	18,09	9,92	56,42	33,66
Australia	40,51	51,16	8,33	17,48	53,04	29,48
Nueva Zelandia	45,06	38,47	16,47	28,95	42,50	28,55
China	28,27	62,89	8,84	26,24	63,46	10,30
India						
Japón	18,15	74,51	7,34	9,45	74,87	15,68
Malasia						
Rep. de Corea	24,12	73,73	2,15	12,69	75,90	11,41
Singapur	40,64	52,24	7,11	12,27	61,99	25,75
Finlandia	26,06	69,59	4,35	9,84	70,16	20,00
Irlanda	29,51	60,75	9,75	8,01	67,36	24,63
Noruega	41,92	49,23	8,85	15,46	56,59	27,95
Mundo	31,00	62,00	7,00	12,95	67,23	19,83

Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO); Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), *Main Science and Technology Indicators*, París, 2008 y Red Iberoamericana de Indicadores de Ciencia y Tecnología (RICYT).

Nota: otros incluye instituciones de educación superior, organismos extranjeros y entes privados sin fines de lucro.

ANEXO 10

IMPORTANCIA DEL CAPITAL HUMANO EN EL DESARROLLO TECNOCIENTÍFICO

			2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Bolivia	Personas Físicas	Investigadores	1,200						
		Becarios I+D/doctorado	50						
		Personal de apoyo	250						
		Personal de servicios C-T	150						
		Total	1,650						
	EJC	Investigadores	1,000	1,000					
		Becarios I+D/doctorado	50	40					
		Personal de apoyo	50	50					
		Personal de servicios C-T	100	100					
		Total	1,200	1,190					
Brasil	Personas Físicas	Investigadores	116,548	122,699	135,080	147,244	177,941	188,163	199,427
		Becarios I+D/doctorado							
		Personal de apoyo	95,541	93,165	111,702	131,884	150,991	160,702	173,794
		Personal de servicios C-T							
		Total	212,089	215,864	246,782	279,128	328,932	348,865	373,221
	EJC	Investigadores	67,783	71,806	79,301	86,932	109,420	116,669	124,882
		Becarios I+D/doctorado							
		Personal de apoyo	53,837	52,780	62,593	73,604	86,876	92,458	99,836
		Personal de servicios C-T							
		Total	121,620	124,586	141,894	160,536	196,296	209,127	224,718
Colombia	Personas Físicas	Investigadores	7,634	10,292	11,481	12,651	13,214	13,242	12,017
		Becarios I+D/doctorado							
		Personal de apoyo							
		Personal de servicios C-T							
		Total							
	EJC	Investigadores	3,955	5,167	5,613	6,091	6,239	6,195	5,570
		Becarios I+D/doctorado							
		Personal de apoyo							
		Personal de servicios C-T							
		Total							
Ecuador	Personas Físicas	Investigadores	648	696	845			1,555	1,615
		Becarios I+D/doctorado							
		Personal de apoyo	516	575	710			746	1,238
		Personal de servicios C-T	521	594	706			802	752

		Total	1,685	1,865	2,261			3,103	3,605
	EJC	Investigadores	514	550	645			985	924
		Becarios I+D/doctorado							
		Personal de apoyo						263	269
		Personal de servicios C-T						509	432
		Total						1,757	1,625
Perú	Personas Físicas	Investigadores				4,965			
		Becarios I+D/doctorado							
		Personal de apoyo				3,469			
		Personal de servicios C-T							
		Total				8,434			
Portugal	Personas Físicas	Investigadores	31,146		35,855		37,769	44,606	51,443
		Becarios I+D/doctorado							
		Personal de apoyo	8,017		8,181		6,816	9,063	11,309
		Personal de servicios C-T							
		Total	39,163		44,036		44,585	53,669	62,752
	EJC	Investigadores	17,725	18,984	20,242	20,684	21,126	24,651	28,176
		Becarios I+D/doctorado							
		Personal de apoyo	5,245	5,266	5,287	4,944	4,602	5,880	7,158
		Personal de servicios C-T							
		Total	22,970	24,250	25,529	25,629	25,728	30,531	35,334
Estados Unidos	Personas Físicas	Investigadores							
		Becarios I+D/doctorado							
		Personal de apoyo							
		Personal de servicios C-T							
		Total							
	EJC	Investigadores	1,319,705	1,342,454	1,430,551	1,393,523	1,387,882		
		Becarios I+D/doctorado							
		Personal de apoyo							
		Personal de servicios C-T							
		Total	1,319,705	1,342,454	1,430,551	1,393,523	1,387,882		
América Latina y el Caribe	Investigadores	Personas Físicas	276,148	313,193	345,235	383,581	434,413	456,872	481,379
		EJC	143,821	158,619	176,355	183,717	215,248	230,098	245,564
Iberoamérica	Investigadores	Personas Físicas	447,192	496,248	539,080	589,813	652,602	693,812	738,869
		EJC	241,356	260,633	288,816	305,071	345,724	370,119	395,967
Total	Investigadores								
		EJC	1,675,902	1,719,315	1,842,831	1,829,269	1,870,027	1,916,805	1,962,657

EJC: Corresponde a Equivalente a Jornada Completa

FUENTE: RICYT

- BIBLIOGRAFÍA -

LIBROS

- Acosta, Alberto y Falconí, Fander (edit.), TLC más que un tratado de libre comercio, Quito, FLACSO, 2005.
- Antequera P., Ricardo, Estudios de Derecho de autor y derechos afines, Madrid, Fundación Aisge, 2007.
- Casas, Ángel M., Integración regional y desarrollo en los países andinos, Quito, Corporación Editora Nacional, 2005.
- Castells, Manuel, La sociedad red, México, Siglo XXI, 1999.
- Correa, Carlos María (Dir.), *Propiedad Intelectual y Políticas de Desarrollo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2005.
- Correa, Carlos, Acuerdo TRIPs, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998.
- Dromi, Roberto, Ekmekdjian, Miguel A y Rivera, Julio, Derecho Comunitario, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996.
- Garrón B., Rodrigo J., Derecho Comunitario, La Paz, Producciones Cima, 2004.
- Kresalja Rossello (Dir.), Anuario Andino de Derechos Intelectuales, Lima, Palestra, 2009.
- Molina del Pozo, Carlos F., El ordenamiento jurídico de la Unión Europea, Madrid, DIJUSA, 2002.
- Pachón, Manuel y Sánchez A. Zoraida, El régimen andino de la propiedad industrial, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995.
- Pontificia Universidad Católica del Perú, Derecho Comunitario Andino, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.
- Salazar A., Carlos *Amenazas y oportunidades en los Tratados de Libre Comercio y el ALCA, una mirada desde la ciencia y la tecnología*, Bogotá, Gente Nueva Editorial, 2004.
- Salgado, Germánico, El Grupo Andino, Quito, Editorial Ecuador, 2007.
- Sherwood, Robert M., Propiedad intelectual y desarrollo económico, Buenos Aires, Heliasta S.R.L., 1995.
- Stiglitz, Joseph E., Como hacer que funcione la Globalización, Bogotá, Taurus Pensamiento, 2006.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, “Testimonio Comunitario” Quito, TJCA, 2004.
- Uribe A., Martín, Propiedad Industrial, neoliberalismo y patente de la vida, Bogotá, Doctrina y Ley Limitada, 2002.
- Uribe A. Martín, La transformación de la Propiedad Intelectual, Bogotá, Doctrina y Ley Ltda., 2005.
- Umaña, Germán, El juego asimétrico del Comercio, Centro de Investigaciones para el Desarrollo, Bogotá, CID Universidad Nacional de Colombia, 2004.
- Vieira, P. Edgar, La formación de espacios regionales en la integración de América Latina, Bogotá, Convenio Andrés Bello y Universidad Javeriana, 2008.

ARTÍCULOS DE LIBROS Y REVISTAS.

Czar Z., Susana, “El régimen común andino sobre inversiones extranjeras y transferencia de tecnología: Capítulo final” en *Trasferencia de Tecnología*, Revista de Derecho Industrial, Año 13 enero-abril 1991 N° 37, Buenos Aires, Depalma, 1991.

Correa, Carlos, “El Convenio UPOV 1991. Una perspectiva latinoamericana”, en Carlos Correa y otros, *Propiedad Intelectual en Iberoamérica*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001.

Diez C., Gonzalo “Protección de los conocimientos tradicionales, biodiversidad, el Tratado de Libre Comercio” en “Derechos Intelectuales” ASTREA, Buenos Aires, 2005.

Guerrero G., Manuel, “El software libre y su impacto en las economías latinoamericanas” en *La Propiedad Inmaterial*, Bogotá, Revista de la Universidad Externado de Colombia, Número 6, Primer Semestre 2003.

Gudynas, Eduardo, “Dos caminos distintos, tratados de libre comercio y procesos de integración” en Alberto Acosta y Fander Falconí edit., *TLC más que un tratado de libre comercio*, Quito, FLACSO, 2005.

Kresalja, Baldo, “El Sistema de Patentes después del ADPIC: Comentarios y Reflexiones sobre su Futura Eficacia” en *Temas de Desarrollo Industrial y de la Competencia*, No 5, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001.

Kresalja, Baldo, “*La política en materia de propiedad industrial en la Comunidad Andina*” en Pontificia Universidad Católica del Perú, *Derecho Comunitario Andino*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

León, Ignacio, “¿Puede la política de competencia moderar los excesos de la Propiedad Intelectual?” en Universidad Externado de Colombia, *La Propiedad Inmaterial*, Bogotá, Revista del Centro de Estudios de la Propiedad Intelectual, Número 8, Primer Semestre 2004.

Miazzetto, Fabrizio, “La Propiedad industrial en Europa en el “año académico” 2003/2004: hechos y derechos” en Adriana Dreyzin de Klor y Diego P. Fernández Arroyo Directores, *Inversiones Extranjeras*, Argentina, Zavalía, 2005.

Pacón, Ana, “La protección del Derecho de Autor en la Comunidad Andina” en Pontificia Universidad Católica del Perú, *Derecho Comunitario Andino*, Lima, Fondo Editorial de la Universidad Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

Romero, Marco: “ALCA: entre la hegemonía y la integración” en “*Gobernanza Global y Bloques Regionales*” Quito, Corporación Editora Nacional, 2003.

Romero, Marco, “Alca y los Tratados de Libre Comercio (TLC): Significación histórica, alcances y desafíos para la integración andina” en Miguel Eduardo Cárdenas Rivera (Coord.), *El futuro de la integración andina*, Bogotá, Fondo Editorial CEREC, 2004.

Tobon, Natalia, “Los conocimientos tradicionales como propiedad intelectual en la Comunidad Andina”, en “Derechos intelectuales” Astrea, Buenos Aires, 2003.

Umaña, Germán, “El TLC y la Comunidad Andina”, en Alberto Acosta y Fander Falconí edit. *TLC Más que un tratado de libre comercio*, Quito, FLACSO, 2005.

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS.

Abarza, Jacqueline y Katz, Jorge, Los Derechos de Propiedad Intelectual en el mundo de la OMC, Santiago de Chile, Naciones Unidas, 2000. 10-10-09 www.eclac.org

Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Espacios Iberoamericanos, *La economía del conocimiento*, Santiago de Chile, Naciones Unidas, 2008. 10-10-09, www.eclac.org

Díaz, Álvaro, *América Latina y el Caribe: La propiedad intelectual después de los tratados de Libre Comercio*, Santiago de Chile, Naciones Unidas, 2008. 10-10-09 www.eclac.org

Martínez P., Jorge Mario (Coord.), Generación y protección del conocimiento: propiedad intelectual, innovación y desarrollo económico, México, Naciones Unidas, 2008. 10-10-09. www.eclac.org

Sercovich, F.C. Tratados de libre comercio, derechos de propiedad intelectual y brecha de desarrollo: dimensiones de política desde una perspectiva latinoamericana, México, Naciones Unidas, 2008. 10-10-09. www.eclac.org

Roffe, Pedro y Santa Cruz, Maximiliano, *Los derechos de propiedad intelectual en los acuerdos de libre comercio celebrados por países de América Latina con países desarrollados*, Santiago de Chile, Naciones Unidas, 2006. 10-10-09. www.eclac.org

Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, La protección de los conocimientos tradicionales, las expresiones culturales tradicionales (folclor) y los recursos genéticos conexos: Enfoque desde el SELA, Caracas, SELA, 2009. 10-10-09. www.sela.org

Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, *Desarrollo de la Industria Regional de Software en América Latina y el Caribe: Consideraciones y propuestas*, SELA, Caracas, 2009. 10-10-09. www.sela.org

ARTÍCULOS EN DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS.

Acosta P. , Jaime , “Políticas estructurales para el Mercado Común Andino en el año 2005”, ensayo publicado por el observatorio colombiano de la coyuntura internacional, BOLETINES No. 67 - 70 Junio 2001 - Junio 2003, P. 9 www.javeriana.edu.co/andino/docs/mercadoandino.pdf

Bertone, Luis E., “Los proceso de integración y la protección de la innovación tecnológica” 2-09-09, en www.iadb.org/intal/intalcdi/integracion_latinoamericana/documentos/069-

Cayllaux Z., Jorge “Biodiversidad y derechos de propiedad intelectual en el sistema jurídico del Perú” Consultor del Proyecto RLA/92/G 32 1994, 10-10-09, en www.prodiversitas.bioetica.org/nota16-5.htm

De la Cruz, Rodrigo, Conocimientos Tradicionales, Biodiversidad y Derechos de Propiedad Intelectual – Patentes, 10-10-09, en www.docentes.unal.edu.co/grnemogas/docs/10_Cruz_tr.pdf

Dory, Tibor “*El papel de las estrategias de innovación en el desarrollo regional desde el punto de vista de los países candidatos*” ponencia presentada ante el Institute for Prospective Technological Studies, 10-10-09, en ipts.jrc.ec.europa.eu/home/report/spanish/articles/vol66/REG1S666.html

Flores, Gustavo, “Información tecnológica para la integración andina” artículo presentado a Revista Espacios. Vol. 3 (1) 1982. 10-10-09, en www.revistaespacios.com/a83v03n01/83030121.html

Kohon, Florencia y Arce, Horacio, “Regionalismo y multilateralismo: ¿Caminos complementarios o alternativos hacia el libre comercio? 20-03-09, en www.mecon.gov.ar/cnc

Pico. M., Galo, “*La Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena*”, conferencia dictada en Santafé de Bogotá, durante el *Seminario* sobre propiedad industrial y competitividad empresarial, los días 14 y 15 de abril de 1994 P. 212 10-10-09 en www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1994/09/09_La_Decision_344.pdf

Roffe, Pedro, “America Latina y la nueva arquitectura internacional de la propiedad intelectual: de los ADPIC-TRIPS a los nuevos tratados de libre comercio”, 2006, 10-10-09, disponible en www.ciu.com.uy/innovaportal/file/674/1/145_roffe.pdf

Rúa C., Nélon, “la globalización del conocimiento científico-tecnológico y su impacto sobre la innovación en los países menos desarrollados” ponencia presentada en el I Congreso Iberoamericano de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación México, 2006. 10-10-09, en www.oei.es/memoriasctsi/mesa6/m06p28.pdf

Tobin, Brendan, “El problema del acceso y de los derechos de propiedad intelectual sobre la diversidad biológica”, 559, 10-10-09, en www.sepia.org.pe/_data/archivos/20080903040720_Brendan_Tobin_el_problema_del_accseco....pdf

White, Eduardo, “La cuestión de la propiedad industrial en América Latina y su papel en el proceso de desarrollo e integración económica”, en www.iadb.org/intal/intalcdi/Derecho_Integracion/documentos/020-Estudios_01.pdf