

**Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador**

Área de Derecho

**Programa de Maestría en Derecho, mención
Derecho Administrativo**

**JUSTICIA, VIGENCIA Y EFICACIA DEL
RÉGIMEN INTERNACIONAL DE
PATENTES**

Esteban Donoso Crespo

2008

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 que se autorice 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 de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Esteban Donoso Crespo
30 de septiembre de 2008

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho
Programa de Maestría en Derecho, mención Derecho Administrativo

Justicia, vigencia y eficacia del régimen internacional de patentes

Esteban Donoso Crespo

Quito, 2008

Resumen.

La normativa relativa a las patentes de invención ha rebasado las fronteras de los Estados nacionales. Lo que se entiende como invención (regulado de manera implícita al menos), la materia patentable, las excepciones a la patentabilidad, la duración del período de explotación exclusiva que se le concede al inventor sobre su obra producto del intelecto (estándar mínimo, no puede ser inferior), lo que se entiende como explotación, los conceptos de novedad, nivel inventivo, aplicación industrial (regulados de manera implícita al menos), constituyen preceptos uniformes vigentes para la humanidad toda.

La afirmación contenida en el párrafo anterior se la debe entender con ciertos límites. Por ejemplo, los distintos Estados pueden excluir como materia patentable al material biológico (con excepción de los micro organismos), ciertos aspectos de la institución de la licencia obligatoria quedan a la libre elección de los Estados, incluso el optar por establecerla, los distintos Estados pueden regular por sobre los acuerdos “mínimos” logrados, etc. Aspectos de importancia, pero no los definitivos a la hora de configurar la protección concedida a las patentes de invención, su objeto y alcance. Por ejemplo, el principio que manda a que se concedan patentes sin importar el ámbito de la tecnología en que sea aplicable la invención, es inequívocamente universal (existe margen para excepciones, reguladas claro).

Lo anterior se logró por la aprobación del Acuerdo ADPIC, las siglas en español del acuerdo global que rige la materia, vigente en el mundo entero (aquello es inminente e irrefutable). Este convenio en su segunda década de vigencia ha conseguido efectivamente homologar las más dispares legislaciones a nivel mundial y dar pie al actual régimen global, que este estudio critica. Bajo este escenario queda corto cualquier trabajo que al abordar el tema se refiera únicamente a lo interno, ya que las regulaciones al respecto trascendieron este ámbito. Es así que en un intento por construir un sistema justo, objetivo que constituye el fin último de la Ciencia Jurídica, este trabajo propone modificar las regulaciones globales sobre la materia. Se reconoce para el efecto, por supuesto, la necesidad de evitar distorsiones en el mercado internacional de bienes intangibles, por lo cual se debe ratificar la homologación y universalidad de la normativa sobre las patentes de invención.

Es así que contemplando una normativa universal, utilizando como punto de partida el Acuerdo ADPIC, se plantea que la duración de la protección otorgada por una patente de invención, al nacional de cualquier país, dentro de un determinado Estado dependa de la capacidad económica de los habitantes del mismo (correctivo principal). Básicamente cambiará el hecho de que todos los Estados miembros estén obligados a otorgar 20 años de protección, con la introducción de un sistema en que el plazo de protección que otorgue un determinado Estado, tenga relación a la capacidad económica de sus habitantes. Es decir, *cada quien según su capacidad*. Le corresponderá al organismo multilateral que rige la materia determinar los distintos plazos que otorgarán los diversos Estados, tomando en cuenta la capacidad de sus habitantes, en aplicación de parámetros constantes. Se debe tener en cuenta que, dado el estado actual de las comunicaciones, los productos del intelecto en general y las invenciones de manera particular, benefician a la humanidad toda sin distinción del país o región. Por lo tanto, es deber de toda la humanidad el alentar su creación y difusión, eso sí, dentro de la capacidad de cada Estado para hacerlo.

Nota: El análisis propuesto desarrolla o tiene como punto de partida una obra anterior del autor.* Al analizar el tema con la rigurosidad científica necesaria y bajo la tutela doctrinaria adecuada, se consigue dotar de viabilidad a la propuesta que el presente estudio aborda, la cual encaja con lo que fue la conclusión del trabajo previo del graduando.

* Donoso Crespo, Esteban, “Límites a los derechos de propiedad industrial, bajo el régimen de licencias obligatorias de patentes de invención” (el anterior es el título originalmente planteado, de haber sido posible se hubiera modificado por el siguiente: “El régimen de las patentes de invención: necesidad de redefinirlo”), Disertación previa a la obtención del título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, PUCE, 27 de septiembre de 2006.

Nota conceptual:

Tal como se desprende del título del presente estudio, el análisis en él contenido se desarrolla en base a un triple criterio de valoración de la normativa en ciernes, pretendiendo desentrañar así la justicia, vigencia y eficacia (aspectos por cierto ulteriormente vinculados entre sí, al momento de determinar la incidencia óptima de una norma en la sociedad) de la normativa contenida en el régimen internacional de patentes.[•] El análisis así planteado se adhiere a una relativamente reciente corriente de pensamiento jurídico que pretende superar (incluso algunos sostiene que logra fusionar) las concepciones tradicionales de pensamiento jurídico que provienen de las escuelas clásicas como el iusnaturalismo o el realismo jurídico (criticadas por ser corrientes de pensamiento unidimensionales), o la concepción rígida y bidimensional (ser y deber ser) del positivismo jurídico,[•] por considerarlas insuficientes.[•]

Este análisis tridimensional del derecho ha sido identificado con diversas expresiones tales como “trialismo jurídico”, “concepción trialista o tridimensional del derecho”, “triple criterio de valoración jurídica”, “trinomio de la filosofía jurídica”, “triología: hecho, valor y norma”, “criterios sobre la justicia, las normas y los hechos”, etc. En el presente estudio el análisis de la norma bajo la lupa de estos tres criterios de valoración estará referido con la utilización del término “trinomio de la filosofía jurídica”, sin desconocer, obviamente, la existencia de otra terminología adecuada para identificar un análisis normativo bajo los tres criterios de valoración antes referidos.

En igual sentido, cada uno de los criterios de valoración que se utilizan para el análisis tridimensional del derecho (justicia, vigencia y eficacia), han sido referidos por los diversos

[•] “El derecho tiene tres dimensiones, ninguna de las cuales se puede desatender sin provocar apreciaciones eminentemente limitadas. Son ellas las siguientes: la dimensión dikelógica, o axiológica, relacionada con los valores que subyacen tras el derecho. La dimensión normológica, a la luz de la cual el ordenamiento, como expresión sistemática de la voluntad soberana dirigida a regular la convivencia social y establecer sanciones a cargo de quienes lo incumplan, es clara manifestación de lo jurídico. Y la dimensión fáctica o sociológica, no solo porque la realidad imperante debe servir de referencia y de contexto para la interpretación del derecho, sino porque su vigencia y sentido adquieren verdadera entidad si es eficaz, si las normas que lo integran son acordes con el contexto social y, en esa misma medida, son aplicadas y acatadas de manera plena.” Mauricio A. Plazas Vega, *Del realismo al trialismo jurídico*, Monografías jurídicas, Editorial Témesis, Bogotá, 1998, pp. 127 y 128. Como nos refiere Mauricio Plazas, destacados “juristas, cuya simple mención pone de manifiesto su importancia, han prolijado la tridimensionalidad del derecho o han contribuido con sus obras para la ulterior consolidación de la doctrina trialista: Gény, Roubier, Villarry, Lask, Radbruch, Welzel, Nawiasky, Kantorowickz, Stone, Hall, Bobbio, Lumia, Bagolina, Ricci, Frosini, Recaséns Siches, Legaz y Lacambra y Eduardo García Máynes, entre otros, han tenido que ver con la tridimensionalidad del Derecho. Una enumeración detallada y distribuída por países y escuelas, de los autores trialistas o que han contribuido con sus ideas a la concepción tridimensional del derecho, puede verse en el trabajo de Julio O. Chiappini, intitulado “Trialismo”, en enciclopedia jurídica Omeba, Apéndice, Vol. IV, Buenos Aires, Edit. Driskill, 1979, págs. 571 a 575.” 130.” (M. Plazas Vega, *Del realismo al trialismo...*, 130).

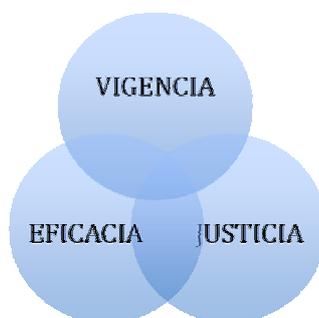
[•] “Las teorías puras del derecho, a partir de Kelsen, han prolijado una concepción dualista según la cual al lado del ser, de la realidad objetiva o material, se encuentra el deber ser o mundo de las normas jurídicas, sin más contenido que el que resulta de las reglas impuestas al acaparo de la coacción. Un mundo de normas que el sabio profesor de Viena legó para el pensamiento jurídico con el sustento de su pluma brillante y un ostensible pero sano propósito de liberar al derecho de la infortunada tendencia de muchos legistas a abordar todos los temas, con sospechosa suficiencia, y opinar sobre las más variadas ciencias y disciplinas del conocimiento humano sin reparar en que, lejos de deslumbrar con tan polifacética actitud, ponen de manifiesto su ausencia de rigor y le ocasionan a sus ciencias, el derecho, un daño de grandes proporciones. Empero, tan justificado objetivo del ‘purismo jurídico’ ha llevado a otro extremo no menos censurable como el de la ausencia de contenido en la formación de los juristas y la tendencia de algunos académicos a ‘liberar’ a las facultades de leyes de todas aquellas materias que desvíen el interés de los estudiantes hacia temas extraños al sistema de normas y su aplicación. Pero ocurre que el derecho, a diferencia de la geometría, las matemáticas, la física o la química, no se ocupa en descubrir leyes que gobiernen la naturaleza a la luz de las necesidades, sino en concebir las normas que regulan la interacción de los hombres en la sociedad en un contexto de libertad precedido por la justicia y estrechamente vinculado a una realidad social que cambia a cada instante. Tiene tres dimensiones (diketológica, normológica y fáctica), que concurren siempre para darle sentido e iluminar su contenido, y no pueden alinearse en ninguna de ellas sin devenir en apreciaciones parciales o incompletas. (...) Presenta una apreciación preliminar sobre el significado del ‘nuevo derecho’ y aborda los puntos de vista del iusnaturalismo, el positivismo y el realismo a fin de demostrar que cada una de estas concepciones tiene el inconveniente de propender a una visión unidimensional, y como tal incompleta, del derecho.” (M. Plazas Vega, *Del realismo al trialismo...*, nota del autor IX-X).

[•] “Ni la explicación de la ley positiva en función de su correspondencia con la ley natural, y de modo fundamental con la justicia; ni la afirmación del mundo del derecho como puro ‘debe ser’, eminentemente normativo y no descriptivo de la realidad; ni la pretensión de identificar el derecho con los hechos, son suficientes, en forma aislada, para comprender toda la complejidad de lo jurídico.” (M. Plazas Vega, *Del realismo al trialismo...*, 127).

autores que han abordado la temática con diferentes expresiones, todas ellas con contenido similar. Así, al criterio de valoración relacionado con la justicia se lo ha referido con expresiones como aspecto dkelógico, axiológico, deontológico, entre otros; en el presente estudio este criterio de valoración será referido como el aspecto axiológico o de justicia, sin desconocer la existencia de otra terminología adecuada para identificarlo. De igual manera en cuanto al criterio de valoración que en el presente estudio está referido como vigencia de la norma, suele ser referido con expresiones tales como valides o aspecto normológico u ontológico, por mencionar algunos. Por último a la eficacia normativa, referida así en el presente estudio, puede identificarse con expresiones tales como elemento fáctico o sociológico, elemento de realidad jurídica o problema fenomenológico, entre otras.

El presente estudio reposa sobre la teoría que brevemente se comenta en la presente nota conceptual, pero no pretende adentrarse en un análisis exhaustivo de la misma, en virtud de que desviaría el estudio que se pretende abordar, sin perjuicio de aportar citas, cuando sea pertinente para enriquecer la discusión central que el presente estudio aborda, de reconocidos tratadistas que al respecto de lo que se entiende por justicia, vigencia y eficacia han consignado, que se anotan a lo largo de este estudio, en cuyas concepciones descansa, sin que quepa un análisis a profundidad de esta evolución de pensamiento respecto de las escuelas clásicas de pensamiento jurídico, pues se adscribe a ella. Al igual que un positivista no deben más que mencionar a Kelsen para su análisis de la norma, el presente estudio cumple con dejar consignada la corriente de pensamiento que lo inspira.

Cabe por último, por lo ilustrativo que resulta, esbozar una aproximación gráfica a la teoría del trinomio de la filosofía jurídica, representando a cada uno de los criterios de valoración con círculos, representándose gráficamente a una norma con incidencia óptima en la sociedad (aquella que es justa, vigente y eficaz) en aquel espacio en que los tres círculos concurren simultáneamente:



ÍNDICE

- Introducción.
- 1. Capítulo primero. Antecedentes del escenario actual de la protección a la propiedad intelectual en general y de manera específica a las patentes de invención.
 - 1.1. Breve mención de los antecedentes generales de la protección legal de la propiedad intelectual y de las patentes de invención.
 - 1.2. Naturaleza del derecho de patente: maleabilidad en su concepción.
 - 1.3. El establecimiento del acuerdo global que actualmente rige la materia.
 - 1.3.1. Antecedentes del Acuerdo ADPIC.
 - 1.3.2. El escenario previo a las negociaciones.
 - El papel de los Estados Unidos.
 - 1.3.3. El cambio de foro.
 - 1.3.4. El efecto señuelo.
 - 1.3.5. Las negociaciones de la Ronda Uruguay.
- 2. Capítulo segundo. Vigencia, justicia y eficacia del Acuerdo ADPIC.
 - 2.1. Vigencia (inminentemente universal).
 - 2.2. Elemento axiológico (justicia)
 - 2.2.1. Consideraciones generales.
 - 2.2.2. Objetivos del sistema de protección de las invenciones.
 - 2.3. Normas sustantivas.
 - 2.3.1. Parámetros de obligatorio cumplimiento. El corazón de la patente de invención.
 - 2.3.2. Excepciones y aspectos que quedan a la libre legislación de los Estados.
 - 2.3.2.1. Sobre la patentabilidad y materia patentable.
 - 2.3.2.2. Excepciones a los derechos conferidos y límites al ejercicio.
 - Límites *ipso iure*.
 - Límites que deben ser declarados: las Licencias Obligatorias.
 - Agotamiento e importaciones paralelas.
 - 2.4. Eficacia.
 - 2.4.1. Normas no sustantivas.
 - 2.4.2. Normas adjetivas.
- Conclusiones.
- Bibliografía.

Introducción.

En el ámbito de la propiedad intelectual,¹ en el escenario internacional actual, existe una problemática que polariza a la humanidad, respecto a la cual se han constituido dos grupos de opinión identificables por sus diversas condiciones económicas.² La propuesta contenida en el presente documento pretende acercar estos dos puntos de vista contrapuestos. Para buscar este acercamiento, se debe enmarcar el estudio en el contexto de la propiedad intelectual en general, específicamente en el campo de la propiedad industrial y preguntar: ¿es justo y eficiente el régimen global establecido para las patentes de invención? Para responder esta interrogante y plantear los correctivos del caso, es imprescindible abordar el presente análisis bajo criterios jurídicos.

Con este objetivo en mente, se ha dividido en dos segmentos el presente estudio. En el primero, que corresponde al primer capítulo, se analiza a breves rasgos la naturaleza jurídica maleable de la propiedad intelectual y de las patentes de invención, los antecedentes del estado actual de cosas, y se mencionan las principales críticas que se han esbozado en su contra así como los aspectos positivos y virtudes que se pueden reconocer en la normativa global vigente.

En el segundo segmento, correspondiente al segundo capítulo, se analiza con cierto detalle el producto de la evolución antes mencionada, es decir el instrumento internacional que actualmente rige la materia. A la par que se desarrolla este análisis, se plantea la hipótesis central de esta disertación, consistente en corregir las insuficiencias que existen en el actual régimen mediante la introducción de un plazo diferenciado de protección en virtud de la

¹ Lo que en Derecho se denomina propiedad intelectual, es una rama que tiene tres campos principales o sobresalientes: los derechos de autor, que comprende la protección de obras artísticas, literarias, software, etc.; la propiedad industrial, bajo cuya protección se contemplan las patentes, modelos industriales, marcas, nombres comerciales, dibujos, denominaciones de origen, etc.; y, las variedades vegetales. Se suele identificar a la protección de las obras artísticas y literarias, además de con la denominación “derechos de autor”, con la expresión que según la división antes referida conceptualmente la contiene: propiedad intelectual. Para evitar confusiones, en el presente estudio, en las referencias a esta rama de la propiedad intelectual, se utilizará únicamente la expresión derechos de autor, por lo que se debe entender que las referencias a la propiedad intelectual contemplan genéricamente a todos sus campos.

² Esta polaridad se la puede reconocer con expresiones opuestas identificables a cada uno de los grupos, como por ejemplo: países “desarrollados”, “inventivos” o “industrializados” por un lado, y países “subdesarrollados”, o países “en vías de desarrollo” por otro; o, países del “primer mundo”, y países del “tercer mundo”; entre otras expresiones. Cabe traer a colación una acotación que al respecto realizan los autores Remiche y Desterbecq, que al referirse a la utilización de estos términos opuestos dicen: “Por último, si bien con frecuencia oponemos los términos ‘país en desarrollo’ y ‘país industrializado’, es sobre todo para facilitar la exposición. Es bastante artificial y anticuado hablar de los países en desarrollo como si se tratara de una entidad única. Por el contrario, hay que poner el acento en el fenómeno relativamente reciente de la diversidad económica de los países del Sur (la situación de algunos países del sudeste asiático y de América Latina no es en absoluto comparable a la de los países de África central, por ejemplo). En definitiva, no es tanto a la categoría de los países en desarrollo sino a la de las empresas pequeñas y medianas (que pueden estar situadas en algunos países industrializados) a lo que hay que estar atentos, ya que una sobreprotección de los derechos de propiedad industrial, al aumentar la concentración económica, impediría que estas nacieran o que subsistieran”. Bernard Remiche y Hélène Desterbecq, *Las patentes farmacéuticas en los acuerdos del GATT*, en Temas de derecho industrial y de la competencia, Vol. I, Propiedad Intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997, p. 248.

capacidad económica de los distintos Estados. Para el efecto se aborda el estudio del régimen global que actualmente rige la materia bajo la lupa del trinomio de la filosofía jurídica: vigencia, eficacia y justicia (siendo este último el elemento axiológico).³

Se plantea un correctivo esencial o central y varios correctivos secundarios derivados de aquel, para hacer del régimen más justo y eficaz. El correctivo central propuesto consiste en introducir, en apego a la normativa vigente, un plazo diferenciado de la duración de la protección que concede una patente (principio de proporcionalidad) en virtud de la capacidad económica de los distintos Estados. En segundo lugar se demuestra que la vigencia del acuerdo global que rige la materia es universalmente inminente; con la base de un régimen más justo se deberán continuar los muy efectivos esfuerzos que hasta el momento han logrado parcialmente universalizar la norma (como se verá, falta muy poco conseguir plenamente este objetivo). Al analizar el régimen vigente, se determinan las ventajas que en cuanto a eficacia y principalmente justicia traerá consigo la inserción de un plazo diferenciado de protección en virtud de la capacidad económica de los distintos Estados, con lo cual se corrige el elemento axiológico de la norma.

El objetivo de la presente propuesta es optimizar las regulaciones sobre la materia, para lograr una mayor incidencia positiva en la sociedad, atendiendo a las preocupaciones tanto de los países en desarrollo como de los países desarrollados. Se abordará además, a lo largo de este capítulo, la posibilidad de la inserción del correctivo propuesto en el régimen actual. A tal efecto, se analiza la reforma sugerida (la cual viabilizaría el correctivo propuesto) y su compatibilidad con los principios y objetivos del sistema de protección de las invenciones del

³ Para que una determinada norma incida de manera óptima en la sociedad, deben confluír en ella elementos de vigencia (es decir, que llegue a concretarse como normativa aplicable), justicia (aspecto axiológico y fin ulterior de toda norma) y eficacia (elemento que tiene relación con su efectiva aplicación). El reconocido tratadista brasileño Miguel Reale encuentra sentido al trinomio de la filosofía jurídica (él lo denomina “tridimensionalidad del derecho”), base fundamental del presente estudio, en virtud de que: “a) Dondequiera que haya un fenómeno jurídico hay siempre necesariamente un hecho subyacente (hecho económico, geográfico, demográfico, de carácter técnico, etc.); un valor que confiere determinada significación a ese hecho, inclinándolo o determinando la acción de los hombres en el sentido de alcanzar o preservar cierta finalidad u objetivo; y finalmente, una regla o norma que representa la relación o medida que integra uno de aquellos elementos en el otro: el hecho en el valor. b) Tales elementos o factores (hecho, valor y norma) no existen separados, unos de otros, sino que coexisten en una unidad concreta. c) Más aún, esos elementos o factores no solo se exigen recíprocamente, sino que actúan como los elementos de un proceso de tal modo que la vida del derecho resulta de la integración dinámica y dialéctica de los tres elementos que la integran”. Miguel Reale, *Introducción al derecho*, Madrid, Editorial Pirámide, 1993, p. 73. Citado por Mauricio A. Plazas Vega, *Del realismo al trailismo jurídico*, Monografías jurídicas, Editorial Témesis, Bogotá, 1998, p. 129. Por su parte Bobbio entiende al trinomio de la filosofía jurídica (al cual denomina “tres criterios de valoración” de la norma jurídica) de la siguiente forma: “En efecto, frente a cualquier norma jurídica podemos plantearnos un triple orden de problemas: 1) si es justa o injusta; 2) si es válida o inválida; 3) si es eficaz o ineficaz. Se trata de tres diferentes problemas: de la justicia, de la validez y de la eficacia de una norma jurídica”. Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, Madrid, Editorial Debate, 1992, p. 33. Lo que en este estudio se refiere como vigencia es referido por este brillante autor como valides. Cabe mencionar que la normativa actual sobre propiedad intelectual, no obstante haber alcanzado un nivel inesperado de vigencia a nivel global, es insuficiente en cuanto a parámetros de justicia y es, en algunos casos, ineficaz. VER nota conceptual inicial.

convenio global que rige la materia como, por ejemplo, aquellos del trato nacional y nación más favorecida.

El presente estudio arroja como conclusión, además, que la aplicación de un sistema universal y homologado construido sobre el principio de *cada quien según su capacidad* o proporcional, producirá un escenario más justo y eficaz de protección a las invenciones a nivel mundial. Esto traerá como consecuencia mayor inversión en investigación y desarrollo, evitando a la par las distorsiones que de esta protección puede generar en el mercado. Se concluye que al aplicar este sistema más justo y equitativo, se consolidará la Propiedad Intelectual entendida como forma de propiedad en el mundo entero y su efectiva vigencia se verá fortalecida a nivel global.⁴

Cabe recordar que la institución jurídica conocida como “Patente de Invención” tiene implicación a nivel mundial en temas de progreso, tecnología, salud pública, biodiversidad, conocimientos ancestrales, comercio, inversión y desarrollo, transferencia de tecnología, geopolítica, justicia, globalización, por mencionar algunos.⁵ Es así que, a lo largo del análisis propuesto, se toman en cuenta estos temas, sin que sean materia central del estudio. Como se verá en el primer capítulo, una de las principales críticas al sistema global actual es que se lo estableció tomando en consideración aspectos relacionados con el comercio, básicamente, dejando de lado importantes aspectos sobre los cuales esta institución tiene profunda incidencia.⁶ Lo anterior, si bien se dio por la circunstancia político-histórica en que se produjo el acuerdo global que rige actualmente la materia, ha comprometido notablemente el contenido axiológico de la norma. Sin lugar a dudas esto debe ser corregido.

⁴ El presente estudio se refiere a la más importante forma de protección de propiedad intelectual: las patentes de invención. “De las diversas formas de DPI que incluye el Acuerdo TRIPS, las patentes son las más importantes por el espectro de tecnologías en el que se pueden utilizar.” Biswajit Dhar y C. Niranjan Rao, *La vinculación de los derechos de propiedad intelectual con el comercio*, en Temas de derecho industrial y de la competencia, Vol. I, Propiedad Intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997, p. 132. Es por tanto que al consolidar a las patentes de invención como derecho universalmente reconocido y aceptado, no sólo en la legislación sino en el imaginario del ser humano en general, se consolidará a la propiedad intelectual en su conjunto como forma de propiedad; cabe manifestar que, sin ser aplicables a otros tipos de protección inmaterial todas las conclusiones que el presente estudio arroja respecto de las modificaciones requeridas en el régimen de la patentes de invención, muchas recomendaciones aquí planteadas sí serán aplicables a otros ámbitos de la propiedad intelectual.

⁵ El concepto de institución jurídica se entiende como el conjunto de normas que dan vida a un concepto jurídico abstracto.

⁶ “Esas críticas pueden enunciarse de la siguiente forma: el no reconocimiento de los derechos y conocimientos de las comunidades, etc., llevará a la destrucción de la biodiversidad y de las comunidades nativas que se nutren de ella; lleva a un desleal aprovechamiento de esos conocimientos; se trata de un proteccionismo tecnológico, fruto de una estrategia que tiene como objetivo restringir el acceso de las nuevas tecnologías a los países en desarrollo, representan una visión de la vida contraria a los valores de libre intercambio de información que prima en el tercer mundo; dificulta cada vez en mayor proporción el acceso a los sistemas médicos tradicionales; favorece monocultivos que son ecológicamente inestables; etc.” Baldo Kresalja, *El sistema de patentes después del ADPIC: comentarios y reflexiones sobre su futura eficacia*, en Temas de derecho industrial y de la competencia, Vol. IV, Propiedad Intelectual en Iberoamérica, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 2001, p. 269.

Tal vez el aspecto más importante que fue dejado de lado al momento de establecer el acuerdo global que rige la materia, fue la salud pública. Lo anterior ha llamado la atención mundial en más de una ocasión. Incluso, dentro del foro que dio pie al acuerdo global en referencia, la Organización Mundial de Comercio OMC, se han producido declaraciones que manifiestan la preocupación global al respecto, las cuales se analizarán en su debido momento. Esta preocupación, no obstante loable, no han logrado proveer soluciones reales a la problemática. El presente estudio busca tener muy en cuenta este aspecto a la hora de entablar el análisis propuesto.

Al analizar los fundamentos y antecedentes generales de la protección jurídica de las invenciones, se percibe una confrontación que, como se verá, es propia de la naturaleza misma de la propiedad intelectual, pero que se agudiza e intensifica en materia de patentes, particularmente en la presencia de temas tocantes a la salud pública. La fórmula correcta de abordar esta confrontación consiste en justipreciar el alcance de los derechos individuales en el régimen de patentes en contraposición con derechos colectivos. El corazón de la propuesta comprende el aplicar el principio de *cada quien según su capacidad* en el sistema de protección de las invenciones, con lo cual se consigue entablar de manera adecuada esta confrontación.

Cabe destacar que el presente estudio, por el carácter nomológico o universal del tema que aborda, no se refiere al Ecuador y a la Región Andina u otras legislaciones puntuales más que de manera incidental, como ejemplo para ilustrar mejor un punto determinado.⁷ Este documento está concebido como una crítica al sistema internacional de las patentes de invención y la normativa global que lo contiene. Cualquier estudio que se circunscriba a los aspectos internos de cada país quedará corto, en virtud de que la normativa al respecto ha desbordado las fronteras nacionales.

⁷ La legislación regional andina está expresada en "Decisiones", vigentes en virtud de la creación del Acuerdo de Cartagena. El 26 de mayo de 1969, en la ciudad de Bogotá, los Representantes Plenipotenciarios de los Gobiernos de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú firmaron el Acuerdo de Integración Subregional. En 1979 se consagró la "aplicabilidad directa" del orden jurídico andino de carácter supranacional, mediante el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (en 1983 entró en vigencia con su publicación en el Ecuador). En 1996 cambió su nombre a Comunidad Andina. A lo largo del presente estudio se alude reiteradamente a la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, "Régimen Común sobre Propiedad Industrial". Las alusiones a este cuerpo normativo se las hace únicamente para enriquecer la discusión.

Sin lugar a dudas, será de vital importancia tomar en consideración los conceptos que sobre el tema se han vertido y que se encuentran recogidos en la doctrina internacional, dentro de la cual cabe destacar al maestro Carlos María Correa. Este profesor, en sus varios trabajos, ha desnudado las injusticias, deficiencias y contradicciones de la normativa internacional que introdujo el acuerdo global que rige actualmente la materia, así como las consecuencias que su aplicación tienen y tendrá sobre las sociedades de los países en vías de desarrollo. Su obra es la fuente de estudio sistematizado de la propiedad intelectual mejor concebida en la actualidad, consultada en el mundo entero. Siendo la propiedad intelectual una materia nueva, Correa es un neo-glosador de Bolonia, por su brillantemente recopilación de la normativa mundial de propiedad intelectual, y es al mismo tiempo un Ulpiano contemporáneo, por sus comentarios con profundo contenido axiológico que sobre la materia nos presenta, como analista de la propiedad intelectual; que la guardia pretoriana mundial no procure un mismo destino, en sentido figurado claro, que aquel que le deparó la vida al jurista romano de origen fenicio.

Al igual que el profesor Correa, una serie de autores latinoamericanos han desarrollado interesantes estudios, entre los cuales vale destacar la visión crítica del profesor peruano Baldo Kresalja, y aquellas de los argentinos Alberto Bercovitz, Salvador Bergel, entre otros. Más aún, las críticas al sistema actualmente establecido no sólo provienen de autores latinoamericanos. Vale la pena señalar los estudios de los profesores belgas Bernard Remiche y Hélène Desterbecq; los estudios de los españoles Alberto Casado Cerviño y Begoña Cerro Prada; los de los autores Biswajit Dhar y Niranjana Rao. Estos últimos presentan un análisis convincente que refleja cómo el sistema actualmente concebido asegura que las brechas tecnológica y comercial entre el Norte y el Sur se perpetúen. Por su parte, es importante tener en cuenta la crítica de los estadounidenses Paul Edward Geller y del profesor Lester Thurow, este último, cuyas conclusiones y aportes son claves a la hora de desarrollar el presente estudio, es reiteradamente referido por la doctrina más calificada, por lo acertado de sus opiniones.

Se debe mencionar que se toman aportes que al respecto de la problemática planteada han emitido dos connotados economistas.⁸ El primero de ellos, Joseph Stiglitz, es un valiente intelectual, premio Nobel de Economía y ciudadano del mundo en el sentido amplio de la expresión. Como él lo manifiesta en los agradecimientos de su libro *El Malestar en la Globalización*, sus padres le inculcaron el deber de no permanecer callado ante evidentes injusticias; y así, en un relato sincero (con absoluto conocimiento de causa ya que, entre otras altas dignidades, fue vicepresidente del Banco Mundial), hizo públicos sus reparos a la Globalización y sus críticas a los organismos internacionales que inciden en ella. Cabe manifestar que más allá de un estudio económico, claro que cuando comenta sobre el tema económico lo hace con irrefutable solvencia, el relato de Stiglitz provee una fuente confiable (de primera mano) sobre los entretelones del concierto internacional, además de que al hacerlo deja consignadas acertadas opiniones que invitan a la reflexión. El segundo de ellos es Allan Dardorff, quien en un fundamentado estudio, en este caso sí estrictamente económico, provee una perspectiva científica interesante respecto de la duración del plazo de protección de las patentes de invención.

Utilizando estos paradigmas conceptuales como fundamento de la investigación, se plantea una alternativa viable y justa de lo que se entiende como patente de invención. El presente estudio no pretende ofrecer respuestas inequívocas sobre el tema que aborda, ni constituye un planteamiento irrefutable. Existe aún mucha tela que cortar respecto de la protección de las patentes de invención y la interdisciplinariedad será la clave del éxito para construir respuestas concluyentes. El presente estudio está planteado desde una perspectiva jurídica, que es hasta donde alcanza el conocimiento de su autor, y requerirá, sin duda alguna, críticas constructivas tanto desde el ámbito legal como desde otras ciencias, cuyos aportes serán indispensables a la hora de plasmar un sistema justo, vigente y eficaz respecto de la tan necesaria protección a la inventiva.

⁸ El presente estudio, por encontrar acierto en lo planteado por Habermas (La teoría crítica de la sociedad por razones comunicativas, planteada en Jurgüen Habermas, *Factibilidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998), intenta una modesta aproximación económica. Este autor considera que la crisis de la sociedad actual deviene de la insuficiente comunicación entre sus actores, producto de la especialización del conocimiento. Manifiesta que se crean círculos cerrados e impermeables de conocimiento, que obstruyen el entendimiento social.

No está por demás decir que la protección de las invenciones no está necesariamente contrapuesta a un sistema social y económico determinado (a excepción, tal vez, del comunismo del siglo XIX); por el contrario, tiene asidero en países de muy diferente estructura política, social y económica. Es un instrumento indispensable para el fomento de progreso técnico, por lo que no se debe confundir la naturaleza de la discusión con lo ideológico. Pero existe, y vale mencionarlo, una marcada tendencia de los países industrializados por imponer normas en los países en vías de desarrollo que aumenten injustificada e indiscriminadamente la protección de estos derechos, en detrimento de la salud y el progreso de los países en desarrollo. Existe también una marcada tendencia de los países en desarrollo de inaplicar las normas que protegen a las producciones del intelecto, tal vez no de manera oficial por sus gobiernos pero sí por su gente, que pone en entredicho la eficacia de la norma, el efectivo reconocimiento de los derechos intelectuales y produce distorsiones en el mercado. Con un manejo adecuado de la normativa aplicable a la materia, se podrán acercar ambos puntos de vista.

1. Capítulo primero.

Antecedentes del escenario actual de la protección a la propiedad intelectual en general y de manera específica a las patentes de invención.

1.1. Breve mención de los antecedentes generales de la protección legal de la propiedad intelectual y de las patentes de invención.

Con el apareamiento de la imprenta en Europa,⁹ primero, y en virtud del posterior fenómeno económico-social conocido como la Revolución Industrial, las legislaciones de los distintos países, en distintas épocas, tomaron a su cargo el establecimiento de los regímenes de protección a los productos del intelecto, estableciendo para el efecto criterios tan dispares plasmados en tan diversos estatutos como cuantos países existen.¹⁰ A lo largo de la historia,

⁹ Se atribuye la invención de la imprenta al chino Bi Sheng, entre los años 1041 y 1048 dC, mucho antes de que el alemán Johannes Gutenberg lo diera a conocer en Europa en 1450 dC.

¹⁰ El primer ámbito de la Propiedad Intelectual en ser reconocido y regulado fueron los derechos de autor, siendo posiblemente las primeras regulaciones al respecto las disposiciones de 1627 de Felipe IV en España, normativa extensiva a la entonces América española, y el estatuto

son varios los ejemplos de las grandes invenciones, pero atribuir un valor económico al objeto que resulta de ejecutar la invención y no a esta misma, no se configura verdaderamente sino a partir de entonces. Regímenes y estatutos para regular la protección jurídica de las patentes los hubo muchos y muy diversos, sin embargo, actualmente se palpa una tendencia clara a universalizar y homologar los criterios, lo cual resulta lógico dado el estado actual de las comunicaciones y la creciente incidencia en el comercio mundial que deviene de esta protección.

Los derechos de propiedad intelectual llegan tardíamente al campo del Derecho y no tienen su origen en el antiguo Derecho Romano, como la mayoría de instituciones que se utilizan en la actualidad, al menos en aquellos países que se pertenecen en mayor o menor medida a una cultura jurídica occidental. Esto se produce debido a que la necesidad de protección sólo se hace sentir en cuanto a las obras literarias a partir de la “invención europea” de la imprenta, y en cuanto a las invenciones y signos distintivos, a partir de la civilización técnica y la producción y el consumo en masa: *ergo*, la Revolución Industrial. Paulatinamente, a partir del siglo XVI los monarcas europeos comenzaron a conceder, a su arbitrio, privilegios de impresión por cierto número de años a los autores, en algunos casos, o a los dueños de las imprentas e inclusive a los librereros, en otros. Posteriormente, este privilegio fue concedido a ciertos diseños industriales y, en algún caso, a los inventores. Más tarde, por obra del legislador, este privilegio se hace habitual, reglado, estable y de concesión automática o previa verificación estatal. Se concreta, así, el reconocimiento del derecho de tutela a favor de los titulares de las obras del intelecto, primero de obras literarias y posteriormente, en el siglo XIX, se extiende a lo que ahora se conoce como propiedad industrial.

Producto de esta evolución, a breves rasgos, se puede decir que la patente de invención consiste en la protección concedida por los distintos Estados sobre la base de su potestad de *imperium*, una vez cumplido el procedimiento establecido para el efecto, mediante la cual se otorga al solicitante, que debe ser el creador originario de la idea, la titularidad sobre una

de la Reina Ana de 1709 en Inglaterra; destaca, posteriormente, la *Loi du droit d'auteur* (Ley de derecho de autor) de 1791 en Francia, dictada como consecuencia de la Revolución Francesa.

determinada invención.¹¹ Esta propiedad sobre un bien inmaterial proporciona al titular de la invención una serie de facultades y derechos, en cuyo ejercicio radica su propiedad. En otras palabras, la patente constituye la titularidad sobre un cúmulo de derechos otorgados en favor de quien plasmó en lo concreto o material una idea nueva aplicable a la actividad humana. El derecho primario o fundamental que se adquiere en virtud del registro de una patente de invención es, indudablemente, el derecho de exclusividad de la explotación. Esta característica es común a todos los derechos de propiedad industrial. “Este derecho de exclusividad contiene facultades positivas y negativas, que le permitirán al titular disfrutar de manera real y eficaz del derecho de exclusiva”.¹²

El presente estudio se centra en estas facultades exclusivas principalmente, ya que son éstas las que interesan al análisis planteado en estas líneas, facultades sin las cuales el derecho sobre la invención que tienen el inventor se desfiguraría de modo tal que no podría llamárselo patente de invención. Lo anterior, sin embargo, no significa desconocer la existencia de otros derechos derivados de la invención (los llamados derechos morales), como por ejemplo, el derecho de “paternidad” que tiene su inventor, derecho por el cual no obstante transferencias, cesiones, agotamiento, caducidad, etc., se le reconocerá la autoría sobre su invención *per saecula saeculorum*.¹³

1.2. Naturaleza del derecho de patente: maleabilidad en su concepción.

En el contexto del presente estudio, se entiende por bienes inmateriales “aquellos no existentes en la naturaleza, sino creaciones del hombre; no perceptibles físicamente, sino a través de su extrinsecación material en una cosa, una conducta habitual o una energía (al

¹¹ Esta aproximación es preliminar, en ella no se mencionan elementos importantes de una patente de invención, como por ejemplo las cesiones, por las cuales no necesariamente (en la actualidad por lo general no es así) el solicitante coincide con quien desarrollo la invención. Un elemento adicional que vale aportar es que una invención es “una idea que consiste en una regla para el obrar humano en la que se indica una solución para un problema técnico”. Alberto Bercovitz, *Los requisitos de patentabilidad en el derecho alemán*, Editorial Medioevo, Madrid, 1969, p. 73. A esta definición de invención, que ya contempla la aplicación industrial, se le debe sumar el hecho que, de ser novedosa y tener nivel inventivo, podrá recibir la protección jurídica de una patente.

¹² Alberto Casado Cerviño, *Derecho de marcas y protección de los consumidores*, Madrid, Editorial Tecnos, 2000, p.31.El derecho de exclusividad es común a todos los derechos de Propiedad Industrial, como las marcas por ejemplo.

¹³ Se discute que en la propiedad industrial en general existan derechos morales, pero lo cierto es que como su trascendencia es imperativa en lo económico, suelen las legislaciones destacar únicamente su faceta patrimonial, no obstante la existencia de derechos morales como el reconocimiento al inventor como creador de su invención, conocido como paternidad, por ejemplo. El derecho del inventor sobre su invención, al igual que el derecho del autor sobre su obra son derechos subjetivos imprescriptibles e inalienables, cuyo tratamiento se enmarca en lo que se conoce como los derechos morales, en contraposición a los derechos patrimoniales que resultan del ejercicio de las facultades concretadas en un acto como, por ejemplo, la explotación exclusiva por veinte años que otorga una patente de invención. Por lo general, por excepción lo harán sus causahabientes o cesionarios, el derecho a que se titularice la patente sobre una determinada creación pertenece de forma exclusiva al inventor, que puede incluso ser entendido en el aspecto amplio del término, que incluye a toda persona natural o jurídica o consorcios de estas. Esta titularidad, a solicitud del interesado, será declarada por la autoridad designada para el efecto de cumplirse los requisitos establecidos en cada legislación.

menos, la energía sonora de la palabra). Tal extrinsecación material, aun traducida en una cosa (los mil ejemplares del libro, o las mil unidades que reproducen el invento), es mera concreción de un arquetipo de carácter intelectual, el cual, precisamente porque no se identifica con las cosas que constituyen su extrinsecación, y a diferencia de los bienes materiales, puede, permaneciendo idéntico, manifestarse en un número cualquiera de aquéllas”.¹⁴

Los derechos o bienes inmateriales, susceptibles de apreciación económica, a diferencia de los bienes materiales, encuentran sustancia en las regulaciones que se crean para el efecto de su reconocimiento, estando por tanto sujetos en mayor medida al arbitrio de las concepciones humanas.¹⁵ Son de naturaleza maleable. Es así que, respecto de lo que se ha entendido por patente de invención, derecho inmaterial en que la naturaleza maleable es más palpable aún, se han creado las más dispares concepciones, en función de determinados objetivos estatales.

Como muestra de ello se puede destacar que el anterior régimen de patentes español establecía la posibilidad de patentar los inventos realizados por otro en país extranjero.¹⁶ La ley española fomentaba esta suerte de apropiación de invenciones ajenas, concediendo la exclusiva por diez años al introductor de dichas invenciones no practicadas en España. A esta protección se la denominaba Patente de introducción, protección inverosímil a la luz de los criterios actuales. Lo anterior denota la subjetividad intrínseca de los sistemas de protección de las invenciones, lo cual es consecuencia de la propia naturaleza de los derechos inmateriales. Esta característica de los derechos de propiedad industrial abre la puerta, de par en par, para el análisis del sistema que actualmente es el universalmente vigente.

La protección de las patentes de invención, en virtud de la naturaleza jurídica inmaterial que le es propia, está en mayor medida al arbitrio de las concepciones humanas.¹⁷ El

¹⁴ “Propiedad Industrial”, en Gran Enciclopedia Rialp. Rialp Ediciones S.A., sexta edición, Madrid, España, 1991, http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=5315&cat=economia.

¹⁵ “En definitiva, los bienes inmateriales vienen a considerarse en el TRIPs como una mercadería más dentro del tráfico económico internacional.” Alberto Bercovitz, *El derecho de autor en el acuerdo TRIPs*, en Temas de derecho industrial y de la competencia, Vol. I, Propiedad Intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997, p. 19.

¹⁶ No sólo en España se utilizó este sistema. “Esta modalidad fue utilizada en los países europeos para impulsar el desarrollo industrial nacional en los siglos XVIII y XIX. En el propio Estatuto de los Monopolios inglés de 1623/4 puede apreciarse que ésta era la modalidad habitual de patentes que se otorgaba entonces. En el derogado estatuto sobre Propiedad Industrial español, el titular de la patente de introducción”. Vladimir García-Huidobro Amunátegui. *Legislación sobre propiedad industrial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992, p. 21.

¹⁷ “Aún ubicándonos en la tesis extrema y perimida, que partiendo de la existencia de un derecho natural, se le reconozca al inventor un verdadero derecho de propiedad sobre su invento o descubrimiento, no podemos dejar de reconocer la facultada del legislador para

determinar su objeto y duración, por mencionar sólo algunos aspectos relevantes dentro del régimen de las patentes de invención, está a cargo de la regulación que al respecto produzca el ser humano, que puede ser de la más variada índole. No es de extrañar que su determinación haya mutado de manera repetida y dispar en su relativamente corta historia jurídica. Lo anterior lleva a la conclusión que, si el ser humano es quien idea o crea la protección a la propiedad industrial, por considerar que así conviene a sus intereses, será inverosímil que cualquier expresión de esta propiedad le afecte en modo alguno (en temas de salud, por ejemplo), o al menos que la afectación sea mayor al beneficio que el ser humano recibe al protegerla (como el incentivo a la innovación, por ejemplo).

Al titular de la patente de invención, que originalmente es el inventor (posteriormente puede ser su cesionario) la comunidad en su conjunto le otorga un derecho que se ha convenido en llamar propiedad, con el ánimo de asimilar estos derechos a la “protección más fuertemente organizada dentro del Derecho patrimonial”.¹⁸ No obstante aquello, estos derechos difieren en mucho de la propiedad tradicionalmente concebida sobre los bienes materiales. “En el curso de los años la palabra ‘propiedad’ se mantuvo simplemente por inercia pero con el convencimiento de que el derecho que corresponde al titular de la patentes sobre la invención no es exactamente el derecho de propiedad.” (C. Correa y S. Bergel, *Patentes y competencia...*, 20). No se trata de propiedad *per se*, sino de un “simple interés legítimo”.¹⁹

Sin ser trascendente el *nomen iuris* que se le otorgue a este tipo de protección, no obstante que ha levantado acalorado debate, se debe dejar sentado que su protección no proviene de un hecho natural e irrefutable, y sólo deberá permanecer si contribuye favorablemente a la sociedad.²⁰ Tal como lo manifiestan Carlos Correa y Salvador Bergel, la jurisprudencia estadounidense ha dejado claro este aspecto, por ejemplo. “La Corte Suprema de los Estados

reglamentarlo o limitarlo dentro de parámetros de razonabilidad.” Carlos Correa y Salvador Bergel, *Patentes y competencia*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 33.

¹⁸ “Propiedad Industrial”, en Gran Enciclopedia Rialp. Rialp Ediciones S.A., sexta edición, Madrid, España, 1991, http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=5315&cat=economia.

¹⁹ Se trata de un “simple interés legítimo” o una especie de “monopolio legal”. “Salvatore Pugliatti, *La proprietà nel nuovo diritto*, Guiffre, Milán, 1954, p. 309.” Citado por (Correa y Bergel, *Patentes y competencia...*, 19).

²⁰ “El debate doctrinario se ha traducido en normas constitucionales; así, por ejemplo, la Constitución argentina de 1853 define a los derechos de autores e inventores como derecho de propiedad (art.17), y la Constitución Política de México como un privilegio monopólico otorgado por el Estado (art. 28).” Rafael Pérez Miranda, *Marco internacional del régimen jurídico de la propiedad industrial en México*, en Temas de derecho industrial y de la competencia, Vol. I, Propiedad Intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997, p. 207. Hay quienes han considerado esta discusión estéril, por ejemplo, “Viconzo Di Cataldo, *Le invenzioni i modelli*, Giuffrè Milán, 1990, p. 9”. Citado por (R. Pérez Miranda, *Marco internacional del...*, 207).

Unidos de América ha rechazado la doctrina del derecho natural o propiedad absoluta como fundamento de las patentes [...] los inventores gozarían de un derecho subjetivo, sujeto a la reglamentación que razonablemente dicte el Poder Legislativo, y no un derecho absoluto y exclusivo.” (C. Correa y S. Bergel, *Patentes y competencia*, 32). La palabra propiedad aplicada a las creaciones del intelecto representa una mera aproximación a lo que tradicionalmente se concibe como propiedad. Dejando sentado lo anterior, y con las reservas del caso, es ineludible el referirse a esta protección a las invenciones y otros objetos intelectuales como propiedad, por su uso generalizado.

La propia naturaleza de la propiedad intelectual marca dos diferencias infranqueables con la propiedad tradicionalmente concebida: la falta de materialidad en el objeto y la falta de perpetuidad en el derecho. Es por eso que, en cuanto a su límite conceptual, es decir, la determinación del objeto de protección de la patente, y en cuanto a su límite espacial, es decir, la duración del derecho, se debe regular con mucho cuidado.²¹ Es el propio ser humano quien ha considerado pertinente otorgar este derecho exclusivo al inventor, y, por lo tanto, es lógico que el propio ser humano limite su ejercicio y alcance en la medida que estime conveniente para que sus intereses colectivos, por ejemplo la salud, no se vean afectados. El alcanzar desarrollo tecnológico que permita un bienestar general mayor es sin duda un objetivo global, pero sobre el cual vale una aclaración: el objetivo global es el bienestar general y no el desarrollo tecnológico en sí mismo.

1.3. El establecimiento del acuerdo global que actualmente rige la materia.

Para analizar el estado actual de las cosas, la evolución del sistema, sus antecedentes, su vigencia, justicia y eficacia, las críticas que se han esbozado en su contra y los aspectos positivos y virtudes que se pueden reconocer en él, se debe abordar la forma en que el instrumento jurídico que hasta el momento en el presente estudio ha sido referido como el acuerdo global que rige la materia fue establecido.

²¹ Como decían Remiche y Desterbecq “tradicionalmente el sistema de patentes ha sido concebido como una especie de contrato celebrado entre el titular de la patente y la colectividad nacional”. (B. y H. Desterbecq, *Las patentes farmacéuticas...*, 249). Ahora el contrato es entre el titular de la patente y la colectividad mundial, por lo que aspectos como la duración del derecho que concede una patente debe ser asumida por toda la humanidad y, como este trabajo plantea, con la introducción de un sistema proporcional.

En la actualidad se vive en un mundo donde las fronteras están desapareciendo.²² Como resultado de lo anterior, los diversos Estados del mundo han llegado a acuerdos de alcance prácticamente universal, en diversos temas. El caso de la propiedad intelectual es, tal vez, el ámbito en el que la normativa se ha universalizado en mayor medida. Es así que, al amparo de la Organización Mundial del Comercio, OMC, como consecuencia de la negociaciones de llamada Ronda de Uruguay, en 1994 se firmó en Marrakech el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, conocido mundialmente como Acuerdo TRIPs, por sus siglas en inglés, o ADPIC, por sus siglas en español.²³ A lo largo de la disertación este instrumento estará referido como Acuerdo ADPIC, por sus siglas en español, no obstante que en ocasiones por citas textuales de tratadistas que abordan el asunto se podrán encontrar referencias a este tratado por sus siglas en inglés.

Para efecto de lo anterior, en este segmento, se analizarán los antecedentes del Acuerdo ADPIC, es decir, las circunstancias en las que éste fue establecido, y las consecuencias que su implementación trajo consigo, acompañando los criterios que la doctrina ha vertido al respecto. El análisis busca reconocer virtudes y falencias del Acuerdo ADPIC, adelantando opiniones que tienen relación con la propuesta central de este trabajo que será desarrollada en el segundo capítulo, en el que se esboza una solución plausible a los problemas que en él se identifican. Como se lo ha manifestado a lo largo del presente estudio, esta solución consiste en establecer un plazo diferenciado de protección a las invenciones en virtud de la capacidad económica de

²² “La progresiva erosión del Estado-nación como espacio territorial y social en que se adoptan de forma libre e independiente las decisiones políticas fundamentales y se elaboran de manera autónoma las normas jurídicas correspondientes; la crisis, en definitiva, de la noción de la soberanía, la soberanía estatal.” Oriol Mir Puigpelat, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, p. 37. En una nota al pie explicativa sobre el comentario transcrito, este autor manifiesta: “Esta consecuencia es evidente y ha sido constatada por la mayoría de quienes han estudiado mínimamente el fenómeno de la globalización desde la perspectiva del Derecho. Baste citar, aquí, a Faria, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada* [...]; Cacéese, Sabino, *L'erosione dello Stato: una vivencia irreversibile* [...]; Guarino, Giuseppe (Coords.), *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione* [...]; Chiti, Mario P., *Rifletendo* [...]; Jáuregui, Grutz, *Estado Soberanía y Constitución: algunos retos del Derecho constitucional ante el siglo XXI* [...]; Arnaud, Adré-Jean, *Entre modernidad y globalización. Siete lecciones de historia de la filosofía del Derecho y del Estado* [...].”

²³ “El Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, Acuerdo sobre los ADPIC, que entró en vigor el 1º de enero de 1995, es el acuerdo multilateral más completo sobre propiedad intelectual. Trata de cada una de las principales categorías de derechos de la propiedad intelectual, establece normas de protección y reglas para su observancia, y prevé la aplicación del mecanismo de solución de diferencias de la OMC para resolver los litigios entre los Estados Miembros.” Nota de la Secretaría de la OMC, *El acuerdo sobre los ADPIC: visión general*, en Temas de derecho industrial y de la competencia, Vol. I, Propiedad Intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997, pp. 385-386. “El ‘Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio’ o Acuerdo sobre los ADPIC (TRIPs utilizando la sigla en inglés) constituye un evento mayor en la historia del derecho de la propiedad intelectual. En efecto, no sólo representa lo que P. Demartel llama ‘el más amplio y más ambicioso intento de armonizar los derechos de propiedad intelectual a nivel mundial’ sino que además inserta la propiedad intelectual, hasta entonces caracterizada por un régimen distinto, en la organización de las relaciones comerciales internacionales. Además garantiza un reforzamiento general de los derechos de propiedad intelectual.” La cita que se encuentra dentro del texto copiado es de “P. Demartel, *Métarmorphoses du GATT: de la charte de la havane á l’Organisation Mondiale du Comemerce*, J.T.D.E., 1994, p. 176”. Citado por (B. Remiche y H. Desterbecq, *Las patentes farmacéuticas...*, 246).

los distintos Estados o de las distintas áreas de libre mercado, según sea el caso. Este análisis, sumado a aquel que se desarrolla en el segundo capítulo, posibilitará vislumbrar la posibilidad de inserción del sistema propuesto en el régimen actual, determinando la compatibilidad de esta propuesta con los principios y objetivos del convenio global que rige la materia.

1.3.1. Antecedentes del Acuerdo ADPIC.

Es lógico pensar que, en el estado actual de desarrollo de las comunicaciones, producto de más de doscientos años de exponencial evolución, entre otros factores, como el comercial por ejemplo, los productos del intelecto son verdaderamente universales.²⁴ Por lo tanto, es igualmente lógico que el derecho que regula la protección de los productos del intelecto sea también universal. Ello se pone en evidencia, en cuanto a la propiedad industrial se refiere, con la suscripción desde hace más de un siglo de sendos tratados internacionales que regulan el tema de patentes, entre los cuales destacan, cronológicamente, los siguientes: el “Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial”, establecido 1883 y revisado en varias ocasiones, siendo su última revisión en 1967, enmendado en 1979; el “Tratado de cooperación en materia de Patentes”, de 1970, modificado en 2001 (en mayor medida, regula aspectos relativos al procedimiento de las solicitudes de Patentes y el reconocimiento de su prioridad); el objeto central de presente estudio, el “Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio” (ADPIC); y, el “Tratado sobre el derecho de Patentes”, de 2000 (con vigencia en un número reducido de países, aunque se espera su vigencia en los próximos años sea mayor).²⁵ En el presente trabajo se privilegia el análisis del Acuerdo ADPIC, sin dejar de lado al Convenio de París “cuya vigencia reconoce” (B. Kresalja, *El sistema de patentes...*, 211), pero es claro que el Acuerdo ADPIC establece estándares de protección superiores a los de este Convenio, así como superiores al Convenio de Berna para la

²⁴ Hecho que ha generado la universalmente aceptada “teoría de la novedad universal”. “Un enfoque puramente territorial no nos ayudará a confrontar la realidad del siglo XXI. Ya hoy el Internet es el lugar donde la prioridad, relevante para determinar la novedad de las invenciones, puede ser difundida por todo el mundo.” Paul Edward Geller, *La Propiedad Intelectual en el mercado mundial: impacto del sistema de solución de controversias del ADPIC*, en Temas de derecho industrial y de la competencia, Vol. I, Propiedad Intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997, p. 186.

²⁵ “Como bien dice Gómez Segade ‘con independencia de cuales sean los resultados concretos que en el futuro se deriven de la aplicación del ADPIC, es innegable que dicho Acuerdo representa el intento más ambicioso de regular y proteger adecuadamente los distintos bienes inmateriales en todo el mundo.’” “José Antonio Gómez Segade, *El Acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la propiedad industrial e intelectual*, en Actas de Derecho Industrial, t. XVI, 1994-1995, p.34.” Citado por (B. Kresalja, *El sistema de patentes...*, 201-202).

Protección de Obras Literarias y Artísticas, suscrito en 1886, revisado por última vez en 1971 y enmendado en 1979 en materia de derechos de autor.

Más adelante, siguiendo al tratadista Geller, los convenios anteriores al Acuerdo ADPIC estarán referidos como el “régimen París-Berna”; dentro de este binomio, se entienden incluidos el Convenio de Roma sobre derechos conexos al Derecho de Autor y el Tratado de Washington sobre semiconductores, cuyos contenidos también son incorporados *mutatis mutandis* por el Acuerdo ADPIC. Para evitar hacer demasiado pesada la lectura, estos dos acuerdos no serán referidos más que cuando una mención específica sea necesaria; por facilitar la lectura se consideran parte del régimen anterior al Acuerdo ADPIC, no obstante ser coetáneos.²⁶ Además, como se verá más adelante, su aceptación es mayor y sus mecanismos de implementación e instrumentación son más eficientes que las de aquellos.²⁷

Ante esta realidad, la universalización de la propiedad intelectual, son muchos los que denuncian un hecho que preocupa sobremanera al ser considerado desde la perspectiva de la ciencia jurídica: el derecho lo imponen los más fuertes. Resulta innegable el poder económico que las empresas farmacéuticas tienen a nivel mundial, por ejemplo, empresas cuya actividad se encuentra estrechamente vinculada con la protección de patentes, y cuyo poder sin duda influye grandemente en el poder político. Muchos tratadistas han denunciado, con fuerte fundamento, que las regulaciones globales responden más a los intereses de las multinacionales que a los intereses colectivos.²⁸

Ello se agrava en virtud de que los organismos internacionales no están estructurados de manera democrática, al menos en el sentido de que los representantes a estos organismos no son electos de manera directa por votación popular.²⁹ Se debe recordar que la democracia es

²⁶ Claro está que para la construcción del Acuerdo ADPIC se utilizó como base los anteriores acuerdos globales. “Los negociadores del ADPIC no reinventaron la rueda con relación a esos niveles de protección, ellos se constituyeron sobre el consenso que el régimen de París-Berna representa.” (P.E. Geller, *La propiedad intelectual en...*, 182-183).

²⁷ “Se ha dado especial importancia al ADPIC, por considerar que es el más importante tratado sobre propiedad intelectual suscrito en el siglo XX, por ser muy reciente y, en consecuencia, porque su influencia será probablemente muy significativa en aspectos vinculados a la tecnología y a la vida cotidiana de los pueblos durante las próximas décadas.” (B. Kresalja, *El sistema de patentes...*, 192).

²⁸ “El derecho de patentes, uno de los principales derechos de propiedad intelectual, puede presentar algunas particularidades en el área de los medicamentos teniendo en cuenta el carácter esencial de estos productos para la Salud Pública. De modo que la legislación de muchos países en desarrollo no autoriza a patentar medicamentos. Pero los miembros de la OMC (Organización Mundial del Comercio), se ven inducidos a prever, en virtud del Acuerdo, el patentamiento de los productos farmacéuticos.” (B. Remiche y H. Desterbecq, *Las patentes farmacéuticas...*, 246).

²⁹ “Por desgracia, carecemos de un Gobierno mundial, responsable ante los pueblos de todos los países, que supervise el proceso de globalización [...] en vez de ello, tenemos un sistema que cabría denominar gobierno global sin Estado Global, en el cual un puñado de

un sistema que se vale de mecanismos para establecer como principio la igualdad entre los seres humanos, pero “ni dicho principio ni dichos mecanismos rigen, en cambio, en las organizaciones internacionales. (...) La enorme presión que dichas empresas ejercen –se refiere a las empresas multinacionales- sobre los Estados nacionales y sobre las organizaciones internacionales escapan completamente el debate democrático”. (O. Mir Puigpelat, *Globalización, estado y derecho...*, 60-62). Esto explica, no obstante que no justifica, las realidades que someramente se relatan en las páginas siguientes.

Aún cuando en la situación actual resulta inconcebible un sistema global que asegure una representación democrática en la toma de decisiones, sí es factible exigir que las actuales organizaciones internacionales legislen teniendo en cuenta el bienestar general de toda la humanidad y no, como se denuncia sucede hasta el momento, en base a intereses económicos determinados.³⁰ Es en base a esto que la presente propuesta encuentra asidero.

Según José Eduardo Faria, en la actualidad, como un efecto nocivo de la globalización, se presenta un fenómeno que ha bautizado como *neofeudalismo jurídico*, que comenta se instrumenta a través de un sistema de Organismos Internacionales.³¹ Esta situación, que sin lugar a dudas es un retroceso del género humano si se lo compara con los adelantos conseguidos en el marco del Estado Social de Derecho al interior de los Estados, debe ser subsanada. El principio básico que debe regir la creación jurídica supranacional, como requisito *sine qua non*, es tener siempre y como objetivo primario y fundamental el bien de la humanidad en su conjunto.

Volviendo al tema que en este momento concierne al presente estudio, cabe someramente relatar cómo se llegó al establecimiento del actual régimen. De cara a una nueva construcción global de la propiedad intelectual, en el concierto internacional se formaron dos distintos polos de opinión, aquellos que propugnaron (lo hacen aún) el robustecimiento de la patentabilidad y

instituciones -el Banco Mundial, el FMI, la OMC- y unos pocos participantes –los ministros de Finanzas, Economía y Gobierno, estrechamente vinculados a algunos intereses financieros y comerciales- controlan el escenario, pero muchos de los afectados no tiene casi voz.” Joseph E. Stiglitz, *El malestar en la globalización*, México, Taurus, 2002, p 51-52.

³⁰ “Igualmente preocupante es lo que la globalización puede hacer con la democracia. La globalización, tal como ha sido definida, a menudo parece sustituir las antiguas dictaduras de las elites nacionales por las nuevas dictaduras de las finanzas internacionales.” (J. Stiglitz, *El malestar en la globalización*, 342).

³¹ José Eduardo Faria, *El Derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001, p. 264.

fortalecimiento de su aplicación,³² y aquellos que opuestos a este criterio, buscaron limitar el derecho concedido por una patente (lo hacen aún) con prohibiciones y exclusiones.³³ Las opiniones en uno y otro sentido expusieron argumentos válidos, pero lamentablemente ligados en mayor o menor medida a conveniencias económicas, a las cuales adecuaron los criterios doctrinarios y parámetros científicos que les son favorables, lo cual alejó, y aún aleja, de lo científico a la discusión.³⁴

Los países desarrollados siempre propugnaron el fortalecimiento de la protección en busca de mayores incentivos para la investigación y desarrollo y, a raíz del advenimiento tecnologías que facilitaron la reproducción en masa de obras e inventos, un control más eficaz y eficiente que asegure la plena vigencia de los derechos intelectuales, buscando además menores distorsiones en el comercio, entre otros objetivos.³⁵ Aquellos países en vía de desarrollo bregaron siempre por parámetros más laxos de protección, buscando la menor afectación posible a sus empobrecidas poblaciones, transferencia de tecnología que les permita salir del subdesarrollo, reconocimiento al valor del material biológico que existe en sus circunscripciones territoriales y al valor de los conocimientos ancestrales de sus poblaciones aborígenes, entre otros objetivos. Cabe recordar que la propuesta en estas páginas contenida alienta la posibilidad de que estas dos posturas, cuyas pretensiones y anhelos son igualmente válidos, no sean necesariamente irreconciliables.

³² “Es este sentido, estudios realizados en Estados Unidos demuestran que dicho país pierde entre 40.000 y 50.000 millones de dólares en sus transacciones comerciales por una inadecuada e insuficiente protección de los derechos de propiedad industrial e intelectual. A este factor, y conectado con él, se suma la creencia de que el auge económico de algunos países, como los del suroeste asiático, se ha debido en parte al poco respeto que han mostrado hacia estos derechos. Ambos elementos han provocado una reacción de los estados más desarrollados que desean reforzar la protección y trasladar esa materia al ámbito del comercio, y estiman que este objetivo puede cumplirse con mejores perspectivas de éxito dentro del GATT.” Alberto Casado Cerviño y Begoña Cerro Prada, *Orígenes y alcances del acuerdo TRIPs. Incidencia en el derecho español*, en Temas de derecho industrial y de la competencia, vol. I, Propiedad Intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997, p. 75.

³³ Ejemplo claro de la posición de los países en vías de desarrollo es lo que en su momento expresó la emblemática Indira Gandhi: “La idea de un mundo mejor ordenado es aquel en el cual, los descubrimientos médicos son libres de patentes y no hay lucro con la vida y la muerte”, I. Gandhi, 1982, citada por “C.A.P. Braga, *Strengthening Protection of Intellectual Property in developing Countries, A Survey of Literature*, Discussion Paper N° 112, 1990, 253”, citado por (B. Remiche y H. Desterbecq, *Las patentes farmacéuticas...*, 262). Otra constatación de aquello la expone Geller: “Cabe recordar también que los países europeos incorporaron sus antiguos territorios coloniales al régimen de París-Berna. En el presente siglo, las ex colonias empezaron a dudar sobre si el mejoramiento de ese régimen servía o no a sus intereses. Las tensiones ‘norte-sur’ procedieron a las que ahora están naciendo entre diferentes costas del Atlántico, sin mencionar a las crecientes potencias económicas del Lejano Oriente”. (P. Geller, *La propiedad intelectual en...*, 178). Estas citas, en alguna forma, resumen estos intereses contrapuestos, su evolución y las realidades detrás de los mismos.

³⁴ Hay un hecho claro que determina el origen de estas conveniencias económicas: “Menos del 2% del patentamiento mundial se origina en América Latina. El 97 % de las patentes de Europa y los EE.UU. se concentran en empresas de Europa, EE.UU. y Japón. Si bien no hay datos precisos, se considera conservadoramente que en América Latina más del 90% de las patentes han sido concedidas a no residentes y que de ellas más del 50 % pertenecen a empresas de origen estadounidense”. (B. Kresalja, *El sistema de patentes...*, 206).

³⁵ Los países desarrollados argumentaron siempre que existen “dificultades para la apropiación de los resultados de IyD, particularmente en el área de nuevas tecnologías fáciles de copiar (como los programas de computación)”. Carlos M. Correa, *Instrumentación del acuerdo TRIPs en Latinoamérica. Armonización vs. diferenciación de los sistemas de propiedad intelectual*, en Temas de derecho industrial y de la competencia, vol. I, Propiedad Intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997, p.97.

1.3.2. El escenario previo a las negociaciones.

Son muchos los que piensan que previo a la suscripción del Acuerdo ADPIC y en mayor medida con la suscripción y posterior implementación del mismo, como consecuencia de una misma ofensiva diplomática,³⁶ fueron los países desarrollados los que consiguieron imponer sus objetivos y que por lo tanto resultaron vencedores,³⁷ si se lo puede decir así, en la construcción de la normativa internacional que actualmente rige la materia.³⁸

Lo cierto es que con anterioridad de la implementación del Acuerdo ADPIC, en ciertas legislaciones, los plazos de protección efectivamente se extendieron a la par que la materia patentable se desplegó a otros ámbitos de la tecnología, igualándose en estos aspectos a ciertas otras legislaciones.³⁹ En alguna medida esta mayor protección fue consolidada aún con anterioridad a la suscripción del Acuerdo ADPIC, lo cual allanaría el camino para su posterior

³⁶ “A comienzos de la última década, alrededor de cincuenta países en el mundo no reconocían la protección por patentes de los productos farmacéuticos. Las empresas transnacionales farmacéuticas y el gobierno estadounidense – actuando en virtud de la sección 301 y la ‘Super 301’ de la Trade and Tariffs Act- desarrollaron una amplia estrategia para alterar esta situación, que consideraban un obstáculo a la rentabilidad de la industria y al mantenimiento a largo plazo de las actividades de I y D. La patentabilidad de los productos farmacéuticos ha sido aceptada por Argentina, Chile, México, Bolivia, Ecuador, Colombia, Perú y Venezuela (los últimos cinco países bajo un ‘Régimen Común de Propiedad Industrial’ –Decisión 344), y fue introducida en 1996 por Brasil. Muchos otros países introdujeron patentes de productos farmacéuticos desde el comienzo de la Ronda de Uruguay, como es el caso de Corea del Sur, Indonesia, Arabia Saudita y China.” (C. Correa, *Instrumentación del acuerdo...*,109).

³⁷ Esto lo han podido constatar una serie de tratadistas. A continuación se refieren algunas expresiones en este sentido: “La incorporación en el ADPIC de la gran mayoría de los estándares jurídicos exigidos por los países desarrollados y por las empresas transnacionales, lo que les representó una incuestionable victoria en el ámbito internacional”. (B. Kresalja, *El sistema de patentes...*, 273). “La valoración global de los resultados de las negociaciones en materia de propiedad intelectual puede clasificarse, en términos generales, como positiva desde la óptica de la Unión Europea y de sus Estados miembros ya que, con la excepción de ciertas cuestiones puntuales, los objetivos de los países europeos se han visto cumplidos. Así, por una parte, el texto final adoptado acoge sin reservas la concepción amplia de los derechos de propiedad intelectual defendida desde el inicio de la negociación por los países desarrollados, e incluye en sus disposiciones todas las modalidades de propiedad intelectual e industrial. Por otra parte, la protección de estos derechos se verá sensiblemente reforzada por la introducción en el acuerdo TRIPs de obligaciones sobre los distintos procedimientos y mecanismos administrativos y judiciales que garantizan la tutela de los DPI, incluyendo, asimismo, las medidas especiales en frontera relativas a las mercancías falsificadas.” (A. Casado Cerviño y B. Cerro Prada, *Orígenes y alcances...*, 78). “Los beneficios potenciales del Acuerdo serán más evidentes en países con una base industrial y tecnológica más avanzada y donde ya tiene lugar un proceso de innovación tecnológica [...] Por el contrario, el Acuerdo conllevará costos netos por un período relativamente largo en aquellas naciones con un desarrollo tecnológico rudimentario y donde la transferencia y la difusión de tecnología son limitadas y de escasa o nula innovación tecnológica.” Pedro Roffe, *El acuerdo TRIPs y sus efectos: el caso de los países en desarrollo*, en *Temas de derecho industrial y de la competencia Vol. I, Propiedad Intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997*, p. 346-347. “No podemos dejar de mencionar la circunstancia que la mayoría de países latinoamericanos ha reformado su legislación en relación a los derechos Intelectuales, sea en el ámbito del Derecho de Autor o de la Propiedad Industrial, durante los últimos años, mediante la ampliación de la protección a nuevos campos (como los productos farmacéuticos o los programas de computación), así como han fortalecido los derechos exclusivos y los medios disponibles para su aplicación. Una característica de este proceso de reforma ha sido su considerable rapidez y la influencia directa de los países industrializados han ejercido en él.” (B. Kresalja, *El sistema de patentes...*, 199). En un plano más general de las negociaciones, no sólo en relación a la Propiedad Intelectual, Stiglitz manifiesta: “Occidente animó la liberación comercial de los productos que exportaba, pero a la vez siguió protegiendo los sectores en que la competencia de los países en desarrollo podría amenazar su economía”. (J. Stiglitz, *El malestar en la globalización*, 98).

³⁸ “Como hemos manifestado la agenda comercial ha sido tan injusta que no sólo los países pobres no han recibido una cuota equitativa de los beneficios sino que la región más pobre del mundo, el África subsahariana, de hecho empeoró como resultado de la última ronda de las negociaciones comerciales.” Este comentario no está referido específicamente al Acuerdo ADPIC, sino de manera general a la Ronda de Uruguay, pero mucho de esta realidad que Stiglitz critica tiene relación, también, con este Acuerdo. (J. Stiglitz, *El malestar en la globalización*, 339).

³⁹ Esto lo han podido constatar varios autores. “Hasta el presente, la duración de los derechos de patentes no habían sido sometidos a estándar internacional alguno. Históricamente, la legislación de los países en vías de desarrollo (como fue el caso, por ejemplo, de anteriores regulaciones del Grupo Andino) han tendido a conferir períodos de protección menores que los países desarrollados. Esto ha cambiado en forma sustancial; los países latinoamericanos que reformaron su ley de patentes ya han adoptado el estándar mínimo del Acuerdo TRIPs, es decir, veinte años a partir de la fecha de solicitud.” (C. Correa, *Instrumentación del acuerdo...*,113). “De hecho, hasta fines de los años ochenta los productos farmacéuticos estaban muy frecuentemente excluidos de la protección por patente en los países en desarrollo. Estos últimos justificaban su posición en la preocupación por evitar restricciones en la oferta de productos esenciales, y hasta en consideraciones éticas [...] muchos países industrializados habían introducido la patente de medicamentos en su legislación recién a partir del momento en que su industria había alcanzado un cierto grado de desarrollo; por ejemplo, el Reino Unido, en 1949; Francia, en 1960; Alemania, en 1968; Japón, en 1976; Suiza, en 1977; Italia y Suecia, en 1978. (Valga agregar que España y Grecia solo otorgan patentes desde 1992).” (B. Rémiche y H. Desterbecq, *Las patentes farmacéuticas...*, 262-263).

suscripción. Como se verá en el relato histórico que someramente se refiere a continuación, sin dudas el cabildeo de los países desarrollados resultó más efectivo.⁴⁰

Tradicionalmente los países en vías de desarrollo, especialmente los Latinoamericanos, han “cuestionando enfáticamente el rol de la propiedad intelectual (particularmente el de Patentes) en el desarrollo económico y social” (C. Correa, *Instrumentación del acuerdo...*,108); mientras que los países desarrollados ven en este tipo de protección el camino hacia el desarrollo.⁴¹ Muchos estudios cuestionaron (aún cuestionan) el efecto positivo de la protección de las invenciones, mientras otros lo destacan.⁴² Ciertamente resultó difícil, así planteado el escenario, establecer el Acuerdo. No obstante esta evidente discrepancia de criterios, se planteó la discusión. Tanto en el escenario previo a las negociaciones del Acuerdo ADPIC como al momento de las negociaciones que concluirían con su génesis, este conflicto subyacente estuvo presente, y en gran medida aún lo está.

Como se lo verá en el segundo capítulo, la clave para acercar estos criterios aparentemente irreconciliables, consiste en que los aspectos negativos que conlleva la protección de las invenciones para los pueblos (básicamente el establecimiento de un “monopolio legal”, con todo lo que esto encierra), se asuman proporcionalmente entre los distintos países tomando en consideración sus condiciones económicas. De esta manera el género humano podrá incluso ofrecer una mayor y más eficiente protección, beneficiándose en su conjunto de los aspectos positivos de la protección.

Sin tomar en cuenta la anterior reflexión, que constituye el correctivo que este estudio propone incluir en el actual sistema –la proporcionalidad en cuanto a la duración de la

⁴⁰ “Dichos cambios se ven fuertemente influenciados por las tendencias de la legislación estadounidense, dado el activo rol que ese país ha jugado al modelar las normas internacionales sobre propiedad intelectual.” (C. Correa, *Instrumentación del acuerdo...*,97).

⁴¹ “La introducción de patentes farmacéuticas han sido una de las reformas que han sido resistidas significativamente en algunos países latinoamericanos, debido al temor por las consecuencias adversas de índole social y económica, particularmente en términos de mayores precios y el desplazamiento de las industrias locales. [...] No obstante, las divergencias y resistencias no se han basado en el rechazo a la protección patentaria como tal, sino al grado de poder monopolístico que se confiere al titular de la patente.” (C. Correa, *Instrumentación del acuerdo...*,110-11). Estudios los a habido también para justificar la protección: “Según los cálculos de la United States International Trade Commission, la farmacéutica era una de las industrias de mayores pérdidas por insuficiencias en materia de propiedad intelectual (USITC, 1998, ps. 4-9)”. (C. Correa, *Instrumentación del acuerdo...*,109).

⁴² Según Remiche y Desterbecq la protección de los productos farmacéuticos “en términos más generales, no contribuye, sino que al contrario obstaculiza, el desarrollo industrial tecnológico, y dificulta el aprovisionamiento de un producto de primera necesidad [...] Las experiencias de Argentina, Costa Rica y Turquía han sido presentadas en diferentes estudios, como casos en los que la abolición de las patentes jugó un papel decisivo para la expansión de las firmas farmacéuticas locales (ver C.A.P. Braga, *Strengthening Protection of Intellectual Property in developing Countries*, A Survey of Literature, Discussion Paper N° 112, 1990, p. 49 y 50)”. Más adelante como sustento de lo anterior refieren ciertos estudios del Banco Mundial: H. Saxenian, *Getting the most of pharmaceutical Expenditures*, Working Paper No. 37, 1994, The World Bank; y G. Dunkes y D. Broun, *Pharmaceutical Policies: Rationale and Design*, Working paper no. 35, 1994, The World Bank”. (B. Remiche y H. Desterbecq, *Las patentes farmacéuticas...*, 255 y 256).

protección-, el debate estuvo planteado. Como ya se manifestó, previo a la suscripción del Acuerdo ADPIC las posiciones opuestas se acercaron, siempre hacia los objetivos identificados con los intereses de los países desarrollados.⁴³ Estas tesis se impusieron ya sea mediante acuerdos bilaterales⁴⁴ o incluso mediante presiones unilaterales según denuncian algunos, principalmente por parte de los Estados Unidos.⁴⁵

Ejemplo de lo anterior es que “durante los años ´70 tuvo lugar una ola de reformas en Latinoamérica, particularmente en las leyes de Patentes. No obstante, en fuerte contraste con las reformas de los años ´90, tuvo como propósito limitar el grado y alcance de la protección de patentes”; en los años noventas, por el contrario se amplió “la protección patentaria a los productos farmacéuticos (ej. Argentina, Chile, México, Grupo Andino)”. (C. Correa, *Instrumentación del acuerdo...*, 101-102).

- El papel de los Estados Unidos.

Capítulo aparte merecería la política exterior estadounidense en esta somera descripción de los hechos, pero en virtud de que la presente disertación busca el acercamiento entre dos grupos que hasta el momento se han distinguido como opuestos, se reseña únicamente a breves rasgos el modo y fórmula de su injerencia, para destacar el hecho principal e histórico de su existencia. Para el efecto se toma como referencia los datos consignados por el tratadista Correa, por estar fuertemente sustentados y documentados, sin desmerecer aportes de otros tratadistas que evidencien lo expresado. En 1974 se establece en los Estados Unidos un cuerpo

⁴³ “La universalización de los estándares mínimos de protección, lo que se reforzará con la entrada vigencia del ADPIC, y que en la práctica significa la incorporación por países menos desarrollados de los estándares de protección vigentes en los países industrializados, es apreciable en áreas tales como el software, semiconductores, farmacéutica, etc.” (B. Kresalja, *El sistema de patentes...*, 200). Lo anterior se puede constatar, también, de las expresiones al respecto vertidas por los españoles Casado Cerviño y Cerro Prada, para quienes “la valoración general que puede realizarse del contenido del Acuerdo TRIPs desde la perspectiva española consideramos que debe ser positiva. En efecto, el nuevo Acuerdo es un texto equilibrado que concilia los distintos intereses que sobre esta materia mantienen las principales fuerzas en el escenario internacional –la Unión Europea y Estados Unidos- y no van a tener una incidencia sustantiva en la normativa española vigente en el ámbito de la propiedad intelectual”. (A. Casado Cerviño y B. Cerro Prada, *Orígenes y alcances...*, 91-92).

⁴⁴ Refiriéndose a la legislación Latinoamericana Correa sugiere una “influencia directa que los países industrializados han ejercido para iniciar y definir las nuevas normas sobre derecho de propiedad intelectual adoptados en la región”. (C. Correa, *Instrumentación del acuerdo...*, 96).

⁴⁵ “En especial, el sistema legal para la protección de las invenciones se ha ampliado y extendido, frecuentemente influenciado por la legislación de los EE.UU., dado el activo rol que este país ha jugado al modelar las normas internacionales sobre la materia.” (B. Kresalja, *El sistema de patentes...*, 199-200). Rafael Pérez Miranda relata como en los hechos se produjo esta presión: “Los Estados Unidos de América tiene una larga experiencia en este sistema de intromisión en las legislaciones nacionales, aplicando la cláusula llamada super 301 correspondiente a su Ley de Comercio Exterior. En los ochenta Reagan amenazó a Brasil con cerrar sus fronteras a las exportaciones de café de ese país si se sancionaba una ley sobre ese desarrollo de la informática que consideraba lesiva para los intereses económicos de las empresas estadounidenses; esta amenazada no se hizo por los medios diplomáticos confidenciales tradicionales, sino en una audición radial. [...] El embajador de Estados Unidos en Argentina realizó declaraciones públicas durante 1991 afirmando que para que se otorguen ciertas facilidades a ese país en la renegociación de la deuda externa, debería reformar su legislación en materia de propiedad intelectual. Su sucesor amenazó con el retiro de inversiones si no se reformaba la legislación sancionada en 1994 por considerar que no contemplaba en plenitud los intereses de los laboratorios farmacéuticos trasnacionales, al colmo de ser declarado persona no grata por el Consejo Argentino. Iguales presiones, si bien de manera más discreta, se hicieron a México tanto cuando se realizaban negociaciones en materia de deuda externa como en las negociaciones vinculadas al Tratado de Libre Comercio con Canadá y Estados Unidos de América”. (R. Pérez Miranda, *Marco internacional del...*, 226-227).

normativo denominado “Trade and Tariffs Act”, en cuya Sección 301 se establece una autorización al Ejecutivo estadounidense, previa verificación, para “establecer medidas de retorsión comercial de carácter unilateral en los casos en que considere que los derechos de propiedad intelectual de los ciudadanos norteamericanos no están adecuadamente protegidos en otros países [...] esa presión (la de los EE.UU.) llevó a la firma de un número significativo de convenios bilaterales entre los Estados Unidos y una serie de países que aceptaron establecer determinados niveles de protección de la propiedad intelectual”. (A. Bercovitz, *El derecho de autor...*, 17).

El poder económico de los Estados Unidos hace que la mera insinuación de represalias comerciales sea una poderosa arma de persuasión,⁴⁶ no obstante que las represalias no se lleguen a concretar.⁴⁷ Otro sistema de presión constituyó el “excluir a países del Sistema Generalizado de Preferencias (“GSP”), 19 U.S.C. 4211-4216, sancionado en 1974 y actualizado con enmiendas como parte del International Trade and Investment Act de 1984” (C. Correa, *Instrumentación del acuerdo...*, 103-104), a quienes no ofrezcan “una protección adecuada y efectiva” a la propiedad intelectual estadounidense. Un método más directo y explícito fue utilizado en el caso de los países caribeños, que se cristalizó a través del “Caribbean Basin Economic Recovery Act”, de 1983. En virtud de lo anterior, en Latinoamérica, por ejemplo, los cambios propendidos por los Estados Unidos se cristalizaron incluso con anterioridad a la entrada en vigencia del Acuerdo ADPIC. Correa escribía que “la mayoría de los países latinoamericanos ya han compatibilizado, en gran medida, sus legislaciones con los nuevos estándares internacionales que emergen de la Ronda Uruguay del GATT, a pesar del periodo de transición disponible en virtud del Acuerdo TRIPs. Los cambios en la legislación han sido inducidos en general por reclamos y acciones llevadas a cabo por gobiernos y asociaciones extranjeras, sobre todo el USTR”. (C. Correa, *Instrumentación del acuerdo...*, 126).

⁴⁶ Ejemplo de aquello en el Ecuador es el acuerdo bilateral sobre comercio e inversiones suscrito con lo Estados Unidos, que estableció protecciones más allá de lo acordado en el seno de la CAN, como, por ejemplo, el reconocimiento retroactivo de derechos conocido como sistema “pipeline”; este acuerdo nunca fue ratificado por el Congreso Nacional del Ecuador.

⁴⁷ “Represalias comerciales fueron efectivamente aplicadas sólo contra Brasil, en razón del no reconocimiento de las patentes farmacéuticas [...] Brasil presentó una queja ante el GATT referida a estas represalias, por la cual recibió un vociferante apoyo de otros miembros del GATT.” (C. Correa, *Instrumentación del acuerdo...*, 103).

Como lo expone Carlos Correa, la introducción de las reformas en Latinoamérica no fue pacífica. “Los cambios legislativos encontraron una considerable resistencia en algunos países, particularmente en el área de la ley de patentes. Tal resistencia no se puede atribuir simplemente a la intención de copiar libremente (“piratear”) tecnologías extranjeras, sino a diferencias fundamentales con respecto a la filosofía que subyace en el sistema de patentes y las ventajas y desventajas de una armonización de los derechos de propiedad intelectual”. (C. Correa, *Instrumentación del acuerdo...*, 126). Al respecto cabe una reflexión; con o sin imposición existe una verdad irrefutable: los estándares se unificaron.

Bercovitz manifiesta que el Acuerdo ADPIC “integró en un convenio multilateral los aproximadamente cincuenta convenios bilaterales que ya habían sido firmados por Estados Unidos”. (A. Bercovitz, *El derecho de autor...*, 17). El aislar la regulación de la propiedad intelectual de las disparidades que puede devenir de la vorágine de los acuerdos bilaterales y presiones unilaterales, encaminando su discusión hacia un ámbito multilateral, es sin dudas una victoria, que aún se está por consolidar.⁴⁸ Ahora, dentro del ámbito multilateral, se deben aunar esfuerzos tendientes a establecer una mayor eficacia y justicia en las normas que se han dictado, objetivos válidos tanto para los países en desarrollo como para los países desarrollados. Como se lo analiza en el siguiente capítulo, la suscripción del Acuerdo ADPIC ha conseguido dotar a las normas que introdujo de una aceptable vigencia a nivel mundial, por lo que se debe reforzar es indudablemente su justicia y eficacia.

1.3.3. El cambio de foro.

Algo que constituye una falencia importante del acuerdo global que rige la materia es que se lo desarrolló tomando en consideración asuntos comerciales, básicamente (el propio título del acuerdo pone de manifiesto este error conceptual), dejando de lado aspectos de vital importancia. Lo anterior responde a un deliberado cambio de foro impulsado por los países desarrollados.⁴⁹ Al igual que en el relato sobre la injerencia que ejerció Estados Unidos en el

⁴⁸ Bercovitz manifiesta que “los países en desarrollo, amenazados por medidas de retorsión unilaterales, consideraron preferible establecer normas en un convenio multilateral para evitar que continuaran aplicándose medidas unilaterales”. (A. Bercovitz, *El derecho de autor...*, 18).

⁴⁹ Muchos autores se han referido a este fenómeno. Por ejemplo Dhar y Rao manifiestan que los países desarrollados son “los protagonistas de la inclusión de los DPI en las negociaciones [...] se procuró establecer la vinculación de los DPI con el comercio a través del efecto que surten

escenario previo a las negociaciones del Acuerdo ADPIC, en virtud de que la presente disertación busca el acercamiento entre dos grupos que hasta el momento se han distinguido como opuestos, se reseña únicamente a breves rasgos los motivos del cambio de foro, para destacar el hecho principal de su existencia. Es hora de voltear la página y en base al estado actual de las cosas buscar, dentro del foro universal en que se estableció el acuerdo global que rige la materia, un salto cualitativo en cuanto al contenido axiológico de la norma, a la par de fortalecer su eficacia.

Como lo reseña Bercovitz, en virtud de “la necesidad de encontrar soluciones adecuadas a la nueva situación del mercado globalizado y a la protección de los intereses en juego, especialmente en los países desarrollados, existió un cambio de foro, y ese cambio consistió en integrar las negociaciones sobre la protección de los derechos de propiedad intelectual dentro del GATT, Convenio que regula el comercio internacional de mercancías [...] este cambio vino acompañado del interés creciente por parte de círculos comerciales norteamericanos por la protección de los derechos de propiedad intelectual.” (A. Bercovitz, *El derecho de autor...*, 16).

Como se manifestó en el sub-capítulo anterior, el desterrar del ámbito bilateral las negociaciones respecto de propiedad intelectual constituyó una irrefutable victoria, pero el foro multilateral en el cual se llegaron a los acuerdos básicos que en la actualidad rigen, no fue el más adecuado.⁵⁰ En este foro la regulación de la Propiedad Intelectual fue considerada como un componente más del comercio “lo que no deja de ser sorprendente e inquietante” (B. Remiche y H. Desterbecq, *Las patentes farmacéuticas...*, 264). Producto de aquello devienen

al controlar el surgimiento de productos pirateados y falsificados”. (B. Dhar y N. Rao, *La vinculación de los...*, 132). De igual forma Pérez Miranda: “Los países en desarrollo lograron trasladar el debate sobre el régimen internacional de las patentes a un campo que les resultaba más favorable, el de la ronda Uruguay del GATT (Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio), que culminó con la constitución de la Organización Mundial de Comercio”. (R. Pérez Miranda, *Marco internacional...*, 224). De igual forma Correa: “Algunas industrias de esos países (principalmente las de software, semiconductores, fonogramas y farmacéutica) impulsaron activamente la adopción de nuevas reglas sobre propiedad intelectual en el GATT, con el fin de realizar el beneficio económico que una protección cuasi universal de sus derechos pueden generar”. (C. Correa, *Instrumentación del acuerdo...*, 101).

⁵⁰ “La lucha por el multilateralismo es en verdad la lucha por un nuevo orden económico internacional, en el cual las materias que forman parte del ADPIC tendrán significativa presencia.” (B. Kresalja, *El sistema de patentes...*, 206). Las recientes ofensivas diplomáticas de los Estados Unidos con los países Latinoamericanos, para la suscripción de sendos Tratados de Libre Comercio, están poniendo en entredicho la existencia de un foro internacional de discusión de los aspectos relacionados con la propiedad intelectual. Se debe buscar encaminar las negociaciones al respecto al ámbito multilateral, donde existe mayor igualdad entre los actores.

las principales falencias que se pueden encontrar en el actual régimen, no obstante que pueden y deben ser corregidas dentro de él.⁵¹

El foro adecuado de negociación debió ser la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI, pero por iniciativa de los Estados Unidos, Japón y Suiza, el foro cambió. Para el efecto, quienes impulsaron la inclusión de los asuntos de propiedad intelectual en el marco de las negociaciones de la Ronda de Uruguay del GATT, que tuvo como resultado además el establecimiento de la Organización Mundial de Comercio OMC, argumentaron en su favor que un tratamiento dispar de la legislación de propiedad intelectual en los diversos Estados constituía un obstáculo para el libre comercio. No obstante el objetivo comercial antes relatado, algunos denuncian que el cambio de foro obedeció a la deliberada intención de no plantear la discusión bajo el amparo de la OMPI, ya que “los países en desarrollo ejercen ahí menos poder como grupo”. (B. Remiche y H. Desterbecq, *Las patentes farmacéuticas...*, 264).

El manifestar que existió un cambio de foro al introducir estos aspectos en el marco del GATT, responde al hecho de que hasta el momento los temas de propiedad intelectual habían sido tratados ante una agencia internacional de las Naciones Unidas cuyo propósito central es la propiedad intelectual: la OMPI. La OMPI fue creada en 1967 (su historia se remonta a 1883 con la adopción del Convenio de Unión de París), siendo reconocida como organismo consultor no gubernamental de las Naciones Unidas desde el 17 de diciembre de 1974 y estuvo ligada desde su creación a las convenciones de París y de Berna.⁵² Desde el punto de vista conceptual, este era el foro adecuado para generar acuerdos globales de mayor impacto.⁵³

Sin lugar a dudas, por el fenómeno de la globalización, en virtud del avance en las comunicaciones y del creciente comercio internacional, la propiedad intelectual tenía que

⁵¹ “Otro rasgo clave del Acuerdo sobre los ADPIC es que la OMC constituirá un foro para ulteriores negociaciones encaminadas a unos compromisos más exigentes en el sector de la propiedad intelectual y en otros sectores de la OMC [...] éste no tiene por objeto ser un instrumento estático, sino capaz de evolución. El Consejo de los ADPIC realizara un examen general del Acuerdo después de transcurrido cinco años, pero también está facultado para revisarlo en cualquier momento a la luz de cualesquiera nuevos acontecimientos relevantes que pueden exigir su modificación y enmienda.” (Nota de la Secretaría de la OMC, *El acuerdo sobre los ADPIC...*, 410).

⁵² “Hasta entonces, el foro de las negociaciones relacionadas con los derechos de propiedad intelectual era la OMPI (la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual). Se trata de una agencia de la ONU, especializada en esta materia y que disponía de una larga experiencia, dado que había sido creada en 1883 a raíz de la adopción del Convenio de la Unión de París (que trataba precisamente sobre patentes), y bajo su auspicio este último había sido revisado en diversas ocasiones.” (B. Remiche y H. Desterbecq, *Las patentes farmacéuticas...*, 264).

⁵³ Casado Cerviño y Cerro Prada, manifiestan que se trasladó el debate a foros comerciales, como el GATT “habitualmente alejado de esos temas”; continúan, “la importancia creciente de la Propiedad Industrial e Intelectual en las relaciones económicas internacionales ha generado, como un efecto adicional, que los debates, trabajos y decisiones sobre esta materia se hayan trasladado a foros comerciales, como el GATT, habitualmente alejado de estos temas”. (A. Casado Cerviño y B Cerro Prada, *Orígenes y alcances...*, p.74).

inevitablemente ser regulada por un régimen global más eficiente que los acuerdos que hasta el momento se habían producido (París y Berna). Este reto debieron asumirlo organizaciones como la OMPI o la UNCTAD, agencias de las Naciones Unidas, pero sus estructuras fallaron en este propósito.⁵⁴ Es así, con todos los reparos que se pueden manifestar al respecto,⁵⁵ que el foro cambió hacia el binomio GATT/OMC, estamentos en que se logró efectivamente establecer el necesario acuerdo global.⁵⁶

Como ya se relató, dentro de las negociaciones de la Ronda de Uruguay debían únicamente incluirse los aspectos de la propiedad intelectual que tengan relación con el comercio. El establecer este límite resultó imposible.⁵⁷ No obstante que, en apariencia al menos –esto se desprende del propio título del Acuerdo ADPIC- se pretendió no sobrepasar este límite, la sustancia misma del derecho de patentes fue inevitablemente moldeada, pero lamentablemente, como lo indica el título del Acuerdo, desde una perspectiva comercial.⁵⁸

El punto esencial que competía al GATT debió ser el evitar un tratamiento dispar de la legislación de propiedad intelectual al interior de los diversos Estados, para que aquello no constituya un obstáculo para el libre comercio.⁵⁹ En tal sentido dentro de este foro se debió gestionar, de parte de la OMPI, organización que tenía a su cargo el tratamiento de la propiedad intelectual a nivel internacional como organismo técnico constituido para el efecto,

⁵⁴ En diciembre de 1964 se crea la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo (UNCTAD), “en esta institución se dejó de lado el sistema de votos ponderados que había primado en el Fondo Monetario Internacional [...] que implicaba la mayoría automática de los países en desarrollo [...] y un abuso de esta mayoría hubiera implicado el retiro de los países desarrollados, vaciando de contenido al organismo. Para evitar estas distorsiones se creó un proceso de conciliación que se desarrolla antes de la votación”. “Zalmi Haquani. *Los países en desarrollo y la evolución de los mecanismos de toma de decisiones de las organizaciones internacionales. (El caso de la UNCTAD)*, en Revista del Derecho Industrial, año 4, num. 12. Ed. Depalma, Buenos Aires, p. 535 y ss.”. Citado por (R. Pérez Miranda, *Marco internacional...*,221).

⁵⁵ “La negociación en la OMPI se hace siempre a través de su secretaría general, mientras que en el GATT se hizo directamente entre los Estados participantes y especialmente entre los más significativos de ellos.” (A. Bercovitz, *El derecho de autor...*,18).

⁵⁶ “Muchos otros especialistas argumentan que el ADPIC constituye el instrumento más importante para la protección de la propiedad intelectual elaborado en el Siglo XX.” (B. Kresalja, *El sistema de patentes...*, 202). Manifiesta además que trasciende en lo cuantitativo y cualitativo el ámbito de protección del régimen París- Berna.

⁵⁷ “Por otro lado, existía coincidencia en que el grupo de negociaciones en el seno del GATT tenía un mandato claro: discutir los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. Pero las primeras dificultades surgieron a la hora de determinar cuales eran estos aspectos o que derechos de propiedad pueden estar vinculados en el comercio.” (A. Casado Cerviño y B Cerro Prada, *Orígenes y alcances...*, p.77).

⁵⁸ “El acuerdo sobre los derechos de propiedad intelectual que resultó de las negociaciones de la Ronda de Uruguay es vasto y ambicioso: regula la mayor parte de las cuestiones relativas a la propiedad industrial, literaria y artística, y no sólo –como el título llevaría a pensar- los aspectos relativos al comercio internacional.” (B. Remiche y H. Desterbecq, *Las patentes farmacéuticas...*, 265).

⁵⁹ El tratamiento de la propiedad intelectual tuvo un inesperado giro incluso en este foro. Anteriormente el artículo XX del GATT autorizaba a proteger propiedad intelectual a condición que no implique distorsiones y restricciones al comercio internacional, ni discriminación entre las partes. Remiche y Desterbecq manifiestan que ya hubo, con anterioridad al cambio de foro, cierta regulación en el GATT sobre la propiedad intelectual, pero muy escueta y rara vez aplicada. En ese momento los derechos de propiedad intelectual eran concebidos como excepcionales barreras al comercio internacional. “Si antes eran percibidos en el comercio internacional como monopolios nacionales privados, hoy son percibidos por esos países como los garantes de ese comercio.” Lo que debió percibirse como garantía del libre comercio es que los derechos de propiedad intelectual se cumplan y respeten por igual en todos los países, sin que le competa al GATT el contenido de los derechos. Como conclusión Remiche y Desterbecq manifiestan que “es en cierto modo irónico que la liberalización del comercio internacional sea ahora perseguida a través del crecimiento global del monopolio de uno de los más importantes factores de la producción, que es el conocimiento”. (B. Remiche y H. Desterbecq, *Las patentes farmacéuticas...*, 282-284).

se creen las normas que aseguren este objetivo, pero no tomar a su cargo la regulación. Aún con fuerte oposición, ésta tarea fue asumida.⁶⁰ Es así que un régimen global para la protección de la propiedad intelectual se plasmó bajo una concepción inminentemente comercial, lo cual tuvo connotaciones positivas y negativas.

Es positivo el establecimiento de un régimen de protección de las invenciones de carácter global, ya que, en primer lugar, esto (siendo necesario e inminente) desterró en alguna medida del ámbito bilateral a las negociaciones.⁶¹ En segundo lugar, la suscripción de este acuerdo ha significado una herramienta relativamente adecuada para evitar las distorsiones en el mercado de los bienes inmateriales, que se originan en la disímil protección de las invenciones. Lo anterior responde a que un alto grado de homologación a nivel mundial ha sido conseguido (vigencia) en virtud de este Acuerdo; aún habrá que trabajar en cuanto a su eficacia y principalmente en cuanto a su justicia.⁶²

Por su parte, fue absolutamente negativo que para el efecto de las regulaciones se consideraran básicamente aspectos económicos y comerciales, lo cual responde al foro en que se dio la negociación. En gran medida otros aspectos de vital importancia que tienen relación con el régimen de protección de la propiedad intelectual fueron dejados de lado al momento de su concepción. El haber estructurado el régimen de protección de los inventos desde la perspectiva comercial es un desacierto, no obstante que corregible.

La OMC auspicia el libre comercio de servicios, de bienes materiales (mercadería) e inmateriales (propiedad intelectual), lo cual es concordante con sus propósitos.⁶³ Es por esto

⁶⁰ “A pesar de las declaraciones generales, desde el inicio de las negociaciones se planteó un primer problema de fondo, de naturaleza política: el papel de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en estos trabajos. Los países en desarrollo (PVD) han definido siempre que la (OMPI), en cuanto a Agencia de Naciones Unidas especializada en los temas de propiedad intelectual, deberían asumir sus competencias en la materia, y por tanto, los trabajos sobre elaboración de normas y protección de los DPI deberían realizarse exclusivamente en el seno de la OMPI. Los países desarrollados, por el contrario, propugnaron que, al menos, determinados aspectos de la protección de los DPI debería discutirse en el seno del GATT.” (A. Casado Cerviño y B Cerro Prada, *Orígenes y alcances...*, p. 76).

⁶¹ El acuerdo global actual no impide los acuerdos bilaterales, ya que sólo establece mínimos sobre los cuales los Estados podrán legislar, pero si debería constituir un elemento para evitar los acuerdos bilaterales, bajo la premisa de que, bien o mal, se ha establecido un foro multilateral idóneo para hacerlo. No es recomendable inmiscuir en negociaciones bilaterales aspectos de la Propiedad Intelectual, ya que primarán en mayor medida, tanto en las pretensiones como en las concesiones que se hagan en este ámbito, conveniencias determinadas, dejando de lado aspectos técnicos. De no manejar con cuidado aquello puede que nuevamente, con ofensivas diplomáticas vinculadas a intereses determinados, se pretenda mediante pequeñas conquistas allanar el camino a reformas que después sean plasmadas al amparo del foro multilateral.

⁶² Como se lo sostiene en el segundo capítulo, al introducir elementos de justicia al actual régimen, se coadyuvará a fortalecer su eficacia.

⁶³ “A pesar de que teóricamente el *libre comercio* no figura entre sus objetivos, en la práctica, la OMC es un foro donde los Estados miembros buscan acuerdos para la reducción de aranceles y, por ende, para la liberalización del comercio, y donde se resuelve cualquier disputa comercial que pudiera surgir entre sus miembros con respecto a los acuerdos alcanzados.” “Organización Mundial del Comercio”, en Wikipedia, la enciclopedia libre!, Edición en español, iniciada en el 2001, http://es.wikipedia.org/wiki/Organización_Mundial_del_Comercio. Se cita esta fuente no por falta de recursos sobre el tema, sino como referencia especial al fenómeno Wikipedia, que deviene del cada vez más difundido principio de libre acceso a la información. “Imagina un mundo en el que cada persona en el planeta recibe acceso gratuito a la suma

que le incumbe un escenario que permita la libre circulación de los mismos sin distorsiones; le incumbe también, en alguna medida, el contenido de los derechos que ingresan en el mercado; obviamente le incumbe, además, la efectiva vigencia de estos derechos. Aún así no fue adecuado que los regule.⁶⁴ Cabe reiterar que esto debió estar a cargo del organismo técnico supranacional que al amparo de las Naciones Unidas fue creado para el efecto.

Claro está que alguna injerencia debían tener los organismos que manejan los aspectos relativos al comercio en la determinación de la propiedad intelectual, incluso más allá de propugnar por un régimen que evite las distorsiones en el mercado. Lo anterior resulta obvio, ya que al establecer cuál es el objeto y alcance de una patente, se está determinado el tipo de derechos que siendo apreciables económicamente ingresan al mercado. Es por tanto lógico que la OMPI y la OMC, cada una en la esfera de sus competencias, se relacionen para coordinar acciones en cuanto a la protección de derechos de propiedad intelectual.⁶⁵ Lamentablemente esta relación que debió marcarse por una supremacía de la OMPI en cuanto a la determinación conceptual de los derechos de propiedad intelectual, se estableció a la inversa.

El propósito de esta reseña relacionada al cambio del foro en que se llevaron las negociaciones que concluyeron con el establecimiento de el régimen global que rige la materia, no tiene como objetivo atizar la rivalidad entre los polos de opinión que al respecto se han conformado, sino entender los efectos que este hecho histórico trajo consigo. Siendo así, cabe reconocer que si bien el foro de la OMC resultó deficiente en cuanto a que las regulaciones que produjo sobre la propiedad intelectual tienen un inminente contenido comercial, relegando aspectos de vital importancia, plantea importantes ventajas en cuanto a su eficacia. Las normas que hubieran devenido de la OMPI no hubieran tenido aptitud coercitiva, mientras que las normas dictadas al amparo de la OMC y su antecesor el GATT sí la tienen. Mediante sistemas de resolución de controversias y establecimiento de compensaciones por el incumplimiento de

de todo el conocimiento humano". J.Wales, Fundador de Wikipedia. Wikipedia es fuente muy fiable para investigaciones preliminares. Sobre asuntos más complejos existe una tendencia a la parcialidad, ya que depende de quien escribe el artículo, no obstante haber buenos foros de debates en temas controversiales. Si en este sentido, por ejemplo, está encaminada la Globalización, quién podría objetarla.

⁶⁴ "El núcleo de la filosofía que permitió negociar el TRIPS; esto es, que los derechos de propiedad intelectual forman parte del comercio internacional y por tanto hay que negociarlos dentro del contexto de este comercio." (A. Bercovitz, *El derecho de autor...*, 17).

⁶⁵ Efectivamente así se dio: "Para facilitar la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC, el Consejo ha concretado un acuerdo de cooperación entre esta Organización y la OMC, que entró en vigor el 1ro de enero de 1996." (Nota de la Secretaría de la OMC, *El acuerdo sobre los ADPIC...*, 407).

obligaciones, lo cual se analiza en el siguiente capítulo al momento de examinar la forma de implementación del Acuerdo ADPIC, las regulaciones del acuerdo global que rige la materia, como norma de la OMC, ha encontrado enorme vigencia y relativa eficacia.

1.3.4. El efecto señuelo.

“Si los países en desarrollo terminaron por aceptar negociar en el marco del GATT y se comprometieron a incrementar la protección de la propiedad intelectual en su territorio, esto se debió en realidad a motivos que no estaban vinculados a un cambio de concepción en materia de propiedad intelectual.” (B. Remiche y H. Desterbecq, *Las patentes farmacéuticas...*,266).

Tal como expone el tratadista Gómez Segade:

“El ADPIC ha producido un efecto señuelo para los países en vías de desarrollo y menos desarrollados, al adherirse en forma masiva al OMC. Siguiendo el refrán castellano habrá que decir que ‘algo tiene el agua cuando la bendicen’; y efectivamente, el ADPIC tiene algo que atrae a estos países, que es la posibilidad de obtener ventajas comerciales y de beneficiarse de reducciones arancelarias. A cambio de esta expectativa de beneficios, han contraído compromisos de incrementar la protección de la propiedad intelectual, que difícilmente se adecua a su estructura económica y que puede ocasionarles perjuicios, como una elevación del nivel de precios de los productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual.”⁶⁶

Se trae a colación los criterios antes vertidos en virtud de que esta situación, propia de la geopolítica mundial, invita a la reflexión. El estado de las cosas en la actualidad es producto de una evolución histórica que se debe comprender como tal, y no mirar atrás. Pero, si llegado el momento, no se acogen las pretensiones justas que se planteen para corregir el actual sistema, al igual que en su momento se condicionó el acceso a los beneficios comerciales de la OMC a la protección de la propiedad intelectual en los términos contenidos en el Acuerdo ADPIC, se podrá condicionar –como en efecto esta sucediendo– el reconocimiento de los derechos intelectuales, e incluso la legitimidad de las instituciones internacionales, al reconocimiento de tales pretensiones justas.⁶⁷ No se pretende invitar a la desobediencia internacional, sólo a la reflexión de la humanidad. El género humano esta en un momento histórico de suma

⁶⁶ José Antonio Gómez Segade, *El Acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la propiedad industrial e intelectual*, en Actas de Derecho Industrial, t. XVI, 1994-1995, p.77.

⁶⁷ "Dios se vale muchas veces de los débiles para abatir a los poderosos." Juan Donoso Cortés filósofo, político y diplomático español: Valle de la Serena, Badajoz, 6 de mayo de 1809- † París, Francia, 3 de mayo de 1853.

trascendencia, y no se puede dejar pasar la oportunidad de concebir una globalización saludable.⁶⁸

1.3.5. Las negociaciones de la Ronda de Uruguay.

Como lo reseñan Casado Cerviño y Cerro Prada, con ocasión del periodo extraordinario de sesiones celebrado en Punta del Este en septiembre de 1986, los ministros representantes de los Estados que conformaban el GATT decidieron iniciar negociaciones comerciales multilaterales (Ronda Uruguay) creando al efecto un Comité de Negociaciones Comerciales. Dichas negociaciones, iniciadas el 31 de octubre de 1986, debían concluir en un plazo de cuatro años, es decir, en 1990. No obstante, debido a la falta de resultados concretos este plazo se prolongó hasta 1993 (A. Casado Cerviño y B Cerro Prada, *Orígenes y alcances...*, p.75).

Es así que las negociaciones iniciaron. Bercovitz, sustentado en Gust Ledakis y André Francon, manifiesta que estas negociaciones no fueron públicas y que no existen por tanto registros sobre su evolución, lo cual dificulta la interpretación del resultado final que se produjo (A. Bercovitz, *El derecho de autor...*, 18).

Como ya se manifestó, “las primeras dificultades surgieron a la hora de determinar cuáles eran estos aspectos o que derechos de propiedad pueden estar vinculados en el comercio” (A. Casado Cerviño y B Cerro Prada, *Orígenes y alcances...*, p.77); este límite resultó difuso, lo cual incidió en que más allá de evitar distorsiones en el mercado, o al hacerlo, se incida en la sustancia misma del derecho de patentes pero, lamentablemente, desde una perspectiva netamente comercial.⁶⁹ “La fase inicial de estas negociaciones debían comprender – como así sucedió – varias etapas que incluyesen, de un lado, la identificación de las distorsiones del comercio relacionadas con problemas de protección de la propiedad intelectual. De otro lado, la identificación y estudio de las disposiciones pertinentes del GATT y su aplicabilidad y

⁶⁸ “Si la globalización sigue siendo conducida como hasta ahora, si continuamos sin aprender de nuestros errores, la globalización no sólo fracasará en la promoción del desarrollo sino que seguirá generando pobreza e inestabilidad. Si no hay reformas la reacción que ya ha comenzado se extenderá.” (J. Stiglitz, *El malestar en la globalización*, 343-344).

⁶⁹ Una visión desde adentro la provee el Premio Nobel de Economía, Joseph Stiglitz, en su libro “El malestar en la globalización”, quien estuvo involucrado en las negociaciones como parte de los Asesores Económicos del Gobierno de Clinton. Al respecto de las negociaciones en la Ronda de Uruguay dice: “En las últimas etapas de las negociaciones de la Ronda de Uruguay, tanto la Oficina de Ciencia y Tecnología como el consejo de Asesores Económicos se inquietaron porque no habíamos logrado un equilibrio correcto –el acuerdo favorecía a los productores más que a los usuarios-. [...] También nos preocupaban las consecuencias de negarles a los pobres medicinas que podía salvar vidas [...] Sin embargo de estas preocupaciones de parte del grupo negociador de los Estados Unidos, que no fueron escuchadas, el acuerdo se plasmó”. Reconoce además que “algo de lo que no teníamos conciencia era la llamada biopiratería, cuando los laboratorios farmacéuticos internacionales patentan remedios tradicionales”. (J. Stiglitz, *El malestar en la globalización*, 339-340).

adaptabilidad y la eliminación de las distorsiones del comercio detectadas. Y, en tercer lugar, la presentación y estudio de las propuestas de procedimientos y técnicas que podrían ser utilizados para eliminar las distorsiones del comercio identificadas.” (A. Casado Cerviño y B Cerro Prada, *Orígenes y alcances...*, pp.75-76).

Las negociaciones en el marco de la Ronda de Uruguay se llevaron directamente entre los distintos Estados que participaron en ella, lo cual marca una trascendental diferencia con lo que sucedía en el marco de la OMPI, en que las negociaciones se llevan a través de su Secretaría General.⁷⁰ Esto creó un manto de oscuridad sobre la Ronda de Uruguay en virtud de que no se llevaron registros sobre el desarrollo de la negociación.⁷¹ Muchos argumentan que los acuerdos fueron alcanzados concediendo estándares de protección de propiedad intelectual por ventajas comerciales para productos agrícolas o servicios. Ya que bajo este foro los bienes inmateriales son considerados como parte del comercio internacional, lo anterior no suena alejado de la verdad, no obstante que absolutamente anti-técnico.⁷²

Así planteado el escenario, se entablaron las negociaciones. Como es lógico el asunto se manejó desde lo político. Los distintos Estados que participaron en la negociación, velando por los intereses de sus respectivas poblaciones, pretendieron obtener las mayores ventajas posibles. Para el efecto se recurrió a todas las armas diplomáticas que se tenía a mano, así como a estrategias de la más variada índole. Como ejemplo, vale traer a colación un evento que en los años noventas se dio en los Estados Unidos, el cual develó la incidencia en la política interna de ese país de la Ronda de Uruguay, de cara a las negociaciones que se estaban llevando en el marco del GATT.

En virtud de la preocupación creciente por los precios de los medicamentos al interior de los Estados Unidos, se discutía una ley denominada “The Prior Bill”,⁷³ cuyo objetivo era el

⁷⁰ Sobre las instituciones internacionales en general Stiglitz comenta: “Esas organizaciones no son transparentes sino opacas, y no sólo sale muy poca información de adentro hacia fuera sino que quizá aún menos información penetra desde afuera hacia adentro de la organización. La opacidad también significa que la información asciende con dificultad desde la base de la organización hasta su cúpula.” (J. Stiglitz, *El malestar en la globalización*, 64-65).

⁷¹ La única referencia constituye el texto titulado “Proyecto de Acta Final en el que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales”, conocido como “documento Dunkel” “por haber sido el ex director del GATT (Arthur Dunkel) su inspirador.” Salvador D. Bergel, *Disposiciones generales y principios básicos del acuerdo TRIPs del GATT*, en *Temas de derecho industrial y de la competencia Vol. I, Propiedad Intelectual en el GATT*, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997, p. 51.

⁷² Como lo dicen Remiche y Desterbecq que la Propiedad Intelectual sea considerada un componente del comercio, es un desacierto, “lo que no deja de ser sorprendente e inquietante”; esta frase se la ha citado en más de una ocasión, por ser altamente ilustrativa. (B. Remiche y H. Desterbecq, *Las patentes farmacéuticas...*, 264).

⁷³ “CONGRESSIONAL critics of pharmaceutical companies are again pressing them to slow the rapid rise in drug prices, which is running at 10.2 percent, or three times the general inflation rate. [...] Senator David Pryor, the Arkansas Democrat who initiated the 1990 law that requires drug makers to give rebates to state Medicaid programs, introduced a new proposal last week.” Freudenheim, Milt, “Congress on

establecer limitaciones a los derechos de propiedad intelectual, en cuanto a fármacos se refiere, para paliar la crisis en mención. Ante esto se elevaron voces que advirtieron que “la señal que los Estados Unidos está debilitando su propia protección de patentes alentará a los países en desarrollo a resistir el reforzamiento de sus regulaciones en propiedad intelectual y, por lo tanto, se priva a las empresas de los Estados Unidos de los beneficios y flujo de ganancias de tal protección”.⁷⁴

Lo anterior responde en gran medida al foro en que se establecieron los acuerdos, en donde a la propiedad intelectual se la trató como una mercadería más, y su concepción estuvo sujeta a negociaciones comerciales.⁷⁵ En los actuales momentos, esto debe mirárselo como una realidad dentro de la evolución histórica de la protección a la propiedad intelectual, cuestionable sí, pero inmutable. Eso sí, ya establecido el acuerdo, implementado y orgánicamente funcional, se debe llevar la discusión a un plano más elevado, donde a diferencia de lo ocurrido al momento de su elaboración, no estén presentes intereses particulares, solamente, sino un trasfondo científico, que en el caso de la ciencia jurídica involucra abordar respecto de la norma, aspectos relativos a su vigencia, eficacia y justicia, siendo este último elemento el fin último del derecho.⁷⁶

2. Capítulo segundo.

Vigencia, justicia y eficacia del Acuerdo ADPIC.

Al haber ya establecido someramente los antecedentes que generaron el Acuerdo ADPIC, en que se topó asuntos como la naturaleza maleable o mutable de la propiedad intelectual, el escenario previo a su suscripción, el cambio de foro del que fue objeto la protección de la propiedad intelectual, el “efecto señuelo” que se utilizó para atraer a los sectores que se oponían a la concepción del actual sistema, y las negociaciones de la llamada Ronda de

Drug Push in Prices”, en *The New York Times*, New York, 26 de noviembre de 1991, Business and Health, <http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9D0CEEDA1439F935A15752C1A967958260>.

⁷⁴ “C.E. Barfield y C. Beltz, Balancing and Rebalancing the national Interest in the Patent System, American Enterprise Institute, October 1995, mimeogr. pp. 13-14.” Citados por (B. Remiche y H. Desterbecq, *Las patentes farmacéuticas...*, 274).

⁷⁵ La preocupación que esto genera dentro del seno de la CAN, por ejemplo, es enorme, como evidencia de aquello vale citar una nota de prensa de la mencionada institución. “El Secretario General de la Comunidad Andina, Allan Wagner, consideró como un aspecto crucial de las negociaciones de libre comercio internacional buscar un punto de equilibrio entre el interés privado y el interés social, en la relación entre la propiedad intelectual, el comercio y la salud pública”. “Wagner plantea buscar equilibrio entre el interés público y privado en tema de medicamentos”, Nota de Prensa, Comunidad Andina, Lima, julio 2004, <http://www.comunidadandina.org/prensa/notas/np5-7-04.htm>.

⁷⁶ “La justicia económica internacional exige que los países desarrollados tomen medidas para abrirse a unas relaciones comerciales justas y equitativas con los países en desarrollo sin recurrir a la mesa de negociaciones ni intentar extraer concesiones a cambio. La Unión Europea ya ha dado algunos pasos en esa dirección [...]” (J. Stiglitz, *El malestar en la globalización*, 340-341).

Uruguay, que supuso el establecimiento de la Organización Mundial de Comercio conjuntamente con la suscripción del acuerdo global que rige la materia, cabe analizar el resultado de todo aquello: el Acuerdo ADPIC.

Para el efecto, revisando la naturaleza particular de dicho acuerdo, los períodos para su implementación, las reglas para la observancia de los derechos, entre otros asuntos, se podrán realizar referencias concretas a la vigencia, justicia y eficacia del mismo. Es pertinente recordar que, como quedó establecido en la introducción así como en la nota conceptual introductoria de este estudio, para que una norma incida de manera óptima en la sociedad, deben confluir en ella aspectos de vigencia (es decir que llegue a concretarse como normativa aplicable), justicia (aspecto axiológico y fin ulterior de toda norma) y eficacia (elemento que tiene relación a su efectiva y real aplicación). El análisis así planteado posibilitará esbozar la propuesta central del presente estudio.

Claro está que estos tres aspectos se interrelacionan, y al realizar una referencia a uno de ellos se harán inevitables menciones a los otros dos; referencias que también han sido adelantadas a lo largo del presente estudio. Al tratar la vigencia de la norma, siguiendo al tratadista Baldo Kresalja, cabe analizar también al contenido de la misma, en cuanto a sus normas sustantivas se refiere (por lo extenso que resulta el repasar el contenido de las normas vigentes, esto se lo plantea en un sub-capítulo aparte). También siguiendo al tratadista Kresalja, al analizar la eficacia normativa se hará mención a las normas no sustantivas y normas adjetivas que el Acuerdo introduce, que son los instrumentos para asegurar la efectiva implementación de las normas sustantivas. Claro está que para verificar la eficacia de la norma, se debe tener en cuenta los objetivos planteados por ella, que en el caso del Acuerdo ADPIC estuvieron lamentablemente planteados desde una perspectiva comercial, básicamente. Esto, como ya ha sido adelantado, compromete el sentido axiológico de la norma.

La estructura de este capítulo se plantea de la siguiente manera. Una vez determinada la inminente vigencia universal del Acuerdo, lo cual se aborda primeramente, se determina el correctivo que este estudio propone sea introducido en la normativa del Acuerdo ADPIC,

enmarcándolo dentro de un análisis axiológico. Seguidamente se analizan las normas sustantivas que constan en el Acuerdo ADPIC, comentando cómo incidiría en ellas el correctivo que con respecto al aspecto axiológico se plantea, determinando además su compatibilidad con el actual régimen, para luego finalmente analizar su eficacia.

No está por demás reiterar que lo anotado respecto de los antecedentes del Acuerdo ADPIC responde a una evolución histórica que debe ser comprendida como tal. Esta realidad, tal vez cuestionable pero inmutable, debe servir como sustento para el análisis planteado y como elemento para encontrar las soluciones del caso, pero no como fundamento para profundizar diferencias. Como se dijo, en base al estado actual de las cosas se debe buscar un salto cualitativo en cuanto al contenido axiológico de la norma, de inminente implicación (vigencia) universal, así como coadyuvar a su eficacia plena. La propuesta en estas páginas contenida alienta la posibilidad de que las dos posturas que en el escenario internacional se han identificado como apuestas, cuyas pretensiones y anhelos son igualmente válidos, no sean necesariamente irreconciliables. Este es un momento histórico de suma trascendencia, y no se puede dejar pasar la oportunidad de concebir una globalización saludable, fortaleciendo las instituciones internacionales en base a fórmulas que alienten la cohesión de la humanidad.⁷⁷

Por último es pertinente recordar que el objeto central de este estudio son las patentes de invención, pero al estar regulados dentro de un mismo Acuerdo la gran mayoría de derechos de propiedad intelectual, es inevitable realizar referencias a otros ámbitos de la propiedad intelectual, en cuanto aporten al análisis propuesto, además de obviamente analizar las normas que el Acuerdo ADPIC establece para la generalidad de los ámbitos de la propiedad intelectual.

2.1. Vigencia (inminentemente universal).

El Acuerdo ADPIC se ha constituido en el paraguas bajo el cual la universalización de

⁷⁷ Un concepto acertado de cohesión social lo plantea Emile Durkheim, en su teoría conocida como el positivismo sociológico (basado en la constatación de hechos sociales), la cual está dada por elementos tales como la conciencia colectiva y la solidaridad orgánica. "Existe una solidaridad social derivada de un cierto número de estados de conciencia comunes a todos los miembros de la misma sociedad." Claro que como la mayoría de quienes comentan sobre la cohesión social, parte del análisis del derecho represivo para encontrarla, no obstante que trasciende este ámbito. A este tipo de cohesión la denomina solidaridad mecánica (a diferencia de la solidaridad orgánica que identifica como producto de la individualidad personal y la división del trabajo) que coincide con la conciencia colectiva. Al referirse a la denominación de solidaridad mecánica nos dice, lo cual vale traer a colación para evitar equívocos: "El término no quiere decir que se la produzca por medios mecánicos y artificiales. Sólo la designamos así por analogía con la cohesión que une a los elementos de un cuerpo inanimado, por oposición a la que da unidad a los elementos de un cuerpo vivo." Emile Durkheim, *Formas del derecho en relación con formas de la solidaridad social*, en Vilhem Aubert (Extractos de Emile Durheim, *De la division du travail social*, Sociología del Derecho, Caracas, Tiempos Nuevos, 1971, p. 25.

las normas de propiedad intelectual ha sido posible. Cabe reiterar que el ADPIC es un convenio de amplísima aceptación.⁷⁸ Fue desarrollado y se maneja bajo el marco de la Organización Mundial de Comercio, OMC, organización sucesora del Acuerdo GATT que tuvo como miembros a 128 países hasta 1994. Actualmente la OMC tiene 152 países miembros, al 16 de mayo del 2008. Además, tienen la condición de observadores 31 países, que, con excepción de la Santa Sede, deberán iniciar las negociaciones de adhesión en un plazo de cinco años después de obtener la condición de observador. Sumados los actuales miembros a los que se espera lo sean, habrá pronto 183 países parte de la OMC, lo cual abarcará prácticamente a toda la humanidad. Las Naciones Unidas tienen 192 países miembros, sin contar al Vaticano, lo cual quiere decir, aún tomando en cuenta casos como el de Taiwan que sin ser miembro de las NNUU lo es de la OMC, más del 95 por ciento de los países cuyo estatus de tal ha sido reconocido, están presentes en la OMC. Con respecto a aquellos países que aún no se han sumado como observadores siquiera, acciones para incluirlos están siendo tomadas, como el caso de Turkmenistán, por citar un ejemplo.⁷⁹

“Uno de los cambios importantes que supone la OMC con respecto al GATT es que todos los países que desean ser Miembros y gozar del consiguiente acceso a los mercados tendrán que aceptar todos los principales Acuerdos de la OMC, incluido el Acuerdo sobre los ADPIC.”⁸⁰ Lo anterior se instrumenta con la llamada cláusula de conformidad (art. 16, apartado 4 del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial de Comercio), mediante la cual se condiciona la adhesión a la OMC “a la protección de la propiedad intelectual en los términos contenidos en el ADPIC”. (B. Kresalja, *El sistema de patentes*, 201). Es así que la afirmación de que las normas del Acuerdo ADPIC rigen a la humanidad toda (universalidad), encuentra pleno sustento, teniendo presente, claro está, lo referido en el párrafo anterior respecto a los países observadores y su futura adhesión.

⁷⁸ “A la fecha el número de miembros supera largamente al centenar, estando dentro de ellos todos los países desarrollados y los latinoamericanos.” Baldo Kresalja, *El sistema de patentes después del ADPIC: comentarios y reflexiones sobre su futura eficacia*, en Temas de derecho industrial y de la competencia Vol. IV, Propiedad intelectual en Iberoamérica, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 2001, p. 202.

⁷⁹ Entender la OMC: La Organización, Miembros y Observadores, http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm.

⁸⁰ Nota de la Secretaría de la OMC, *El acuerdo sobre los ADPIC: visión general*, en Temas de derecho industrial y de la competencia Vol. I, Propiedad Intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997, p 387.

La implementación del Acuerdo ADPIC en los diversos Estados no fue inmediata en todos los casos, sino gradual para los países en vías de desarrollo y los países menos desarrollados (estas son categorías que contempla el Acuerdo ADPIC, según la condición de desarrollo de los países miembros).⁸¹ Para los países desarrollados se aplicó desde el 1 de enero de 1996. Por su parte, en virtud de las disposiciones sobre transición del Acuerdo, los países en vías de desarrollo estuvieron obligados a cumplir con el Acuerdo ADPIC a partir del primero de enero del año 2000 y los países de menor desarrollo tuvieron un período adicional de seis años.

Para todos aquellos que fueron parte de los países que originalmente firmaron el Acuerdo en 1994, sea cual sea su condición, estos plazos ya transcurrieron.⁸² En cuanto a los nuevos miembros, aquellos que adquieran su condición de tal una vez que hayan cumplido los procedimientos previstos para el efecto, tendrán un tratamiento similar según cual sea su condición. Es claro que la aplicación del régimen que el Acuerdo ADPIC introduce se ha consolidado en la gran mayoría de territorios a nivel mundial, y en aquellos Estados en que aún no es aplicable su vigencia es inminente, estructurándose así de manera inequívoca un régimen mundial de protección de la propiedad intelectual.⁸³

Lo óptimo sería dentro del análisis sobre la vigencia de la norma estudiar el contenido de ésta, pero por la extensión que su análisis requiere se le dedica un sub-capítulo aparte, el cual se abordará una vez que el análisis del aspecto axiológico y el correctivo central propuesto que de este devienen hayan sido planteado. De esta manera al analizar el contenido del Acuerdo

⁸¹ Kresalja a constatado esto: "Su entrada en vigor está escalonada y relacionada con el mayor o menor desarrollo de los países". (B. Kresalja, *El sistema de patentes...*, 212). Remiche y Desterbecq de igual forma: "En cuanto a los países menos adelantados, para que puedan dotarse de una base tecnológica viable, disponen de un plazo que expira en el 2006, sea cual fuere el sector correspondiente, y además este período es prorrogable si las circunstancias económicas, financieras, ... propias del país lo exigieren". Bernard Remiche y Hélène Desterbecq, *Las patentes farmacéuticas en los acuerdos del GATT*, en Temas de derecho industrial y de la competencia Vol. I, Propiedad Intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997, p. 322. Esto se fundamenta en los artículos 65 y 66 del Acuerdo ADPIC. Losables esfuerzos para dotar de mayor flexibilidad se están llevando a cabo, con concretos resultados. *Vid infra*, Conclusión, pie de página 199, página 94.

⁸² El régimen de Propiedad Intelectual "se consolidará una vez vencidos los plazos de transición previstos para los países en desarrollo". (K. Baldo, *El sistema de patentes...*, 199).

⁸³ Norberto Bobbio, al desarrollar el que él identifica como el segundo de los tres criterios de valoración de las reglas jurídicas (él manifiesta, para así entender la necesidad de utilizar los tres criterios de valoración, que frente a cualquier norma jurídica podemos plantearnos un triple orden de problemas), indica que (cabe manifestar que a lo que en el presente documento se ha denominado como vigencia, él la entiende como validez de la norma): "el problema de la validez es el problema de la existencia de la regla en cuanto a tal, independientemente del juicio de valor sobre su contenido de justicia. Mientras el problema de esta se resuelve con un juicio de valor, el problema de la validez se resuelve con un juicio de existencia o de hecho. Esto es, se trata de comprobar si una regla, así como es, es una regla jurídica. Validez jurídica de una norma equivalente a existencia de esa norma como norma jurídica. Mientras que para juzgar la justicia de una norma es necesaria mediarla según un valor ideal, para juzgar su validez se requiere realizar investigaciones de carácter empírico-racional, investigaciones que se hacen cuando se trata de establecer la entidad y la dimensión de un suceso. (...) Se trata, queriendo adoptar una terminología familiar entre los filósofos del derecho, del problema ontológico del derecho". (N. Bobbio, *Teoría General del Derecho*, 34-35).

ADPIC (normas subjetivas) se comenta sobre posibles correctivos secundarios que devienen de la aplicación del correctivo axiológico principal que este estudio plantea.

Cabe dejar sentado en este momento que la naturaleza de la universalización que conlleva la vigencia universal del Acuerdo ADPIC se la debe entender en el sentido de que los aspectos básicos sobre la propiedad intelectual están contemplados en el Acuerdo ADPIC, pero su instrumentación se la hará dentro de cada país en estricto respeto a su sistema jurídico interno.⁸⁴ En general, el Acuerdo ADPIC establece parámetros mínimos que deberán ser contemplados de manera obligatoria en las legislaciones de los países miembros de la OMC, dejando al libre criterio de cada país ciertos otros aspectos.⁸⁵

La característica antes relatada hace que este Acuerdo sea de aquellos que por su contenido la doctrina internacional denomina como “convenios de mínimos”,⁸⁶ lo que implica que en el Acuerdo ADPIC se establecen los derechos básicos que se consideran fundamentales, por bajo los cuales ningún país firmante podrá legislar, desterrando en gran medida de la esfera local el tratamiento y legislación de los aspectos de propiedad intelectual.⁸⁷ Es así que, hoy por hoy, los parámetros del Acuerdo ADPIC son el sustrato que fundamenta la gran mayoría de legislaciones en materia de propiedad intelectual.⁸⁸ En este sentido, con las reservas a que hay lugar, deberá estar entendida toda expresión o referencia en el presente estudio a una normativa mundial, global, universal, o cualquier expresión equivalente, que con respecto a la propiedad intelectual se utiliza a lo largo del mismo.

⁸⁴ “Como se ha dicho, la instrumentación del Acuerdo TRIPs conlleva un considerable grado de armonización de las legislaciones de los países miembros de la OMC, mas subsistirán diferencias de mayor o menor envergadura, según las aéreas de que se trate. La posibilidad, beneficios y costos de una mayor armonización deben ser analizados desde un perspectiva tanto económica como legal.” C. Correa, *Instrumentación del acuerdo TRIPs en Latinoamérica. Armonización vs. diferenciación de los sistemas de Propiedad Intelectual*, en Temas de derecho industrial y de la competencia, vol. I, Propiedad Intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997, p. 117.

⁸⁵ Por ejemplo, el ámbito de las obtenciones vegetales (obliga a los signatarios a regular este ámbito, pero permite o da libertad para que definan el sistema de protección), las regulaciones sobre licencias obligatorias (se podrán establecer, respetando ciertos parámetros que incluye el propio Acuerdo), la posibilidad de exclusión de patentabilidad del material biológico de plantas y personas (con excepción a los microorganismos), la posibilidad de exclusión de patentabilidad de métodos de diagnóstico, métodos terapéuticos y quirúrgicos para personas y animales, el agotamiento (nacional, comunitario o internacional –tal vez el punto más trascendente de aquellos que el Acuerdo deja en libertad de los Estados regular-), etc.

⁸⁶ El ADPIC establece la “universalización de estándares mínimos de protección, que por cierto van más allá de las Convenciones tradicionales, como las de París y de Berna, cuya vigencia reconoce”. (B. Kresalja, *El sistema de patentes...*, 210-211).

⁸⁷ Claro está que para los países del Common Law, estos asuntos no siempre se determinan en la legislación, sino mediante la jurisprudencia, pero el efecto es el mismo. “The disputes over standards (of protection) now takes place in the trade arena rather than in domestic courts.” “J. Reidenberg, *Trade, TRIPS and NAFTA*, Fordham Intellectual Property, Media 8 Ent. Law Journal, vol. 4,171, 1993, p. 298.” Citado por (B. Kresalja, *El sistema de patentes...*, 208).

⁸⁸ “No escapa nuestro criterio que los acuerdos a los que se arribó en dicha Ronda tienden en sustancia a mellar la base territorial de los derechos de propiedad intelectual y reemplazarla por un régimen universal, con tendencia marcadamente uniforme, lo que resulta más cómodo para la imposición de criterios muchas veces cuestionados por los países subdesarrollados.” Salvador D. Bergel, *Disposiciones generales y principios básicos del acuerdo TRIPs del GATT*, en Temas de derecho industrial y de la competencia Vol. I, Propiedad Intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997, p.52-53.

Caberealizar una referencia a dos principios sustanciales que marcan la cohesión de la OMC, y que naturalmente están presentes en el Acuerdo ADPIC, en virtud de su estrecha relación con el aspecto que en este sub-capítulo se analiza. Siguiendo la línea marcada por la OMC, el Acuerdo ADPIC consagra los principios del trato nacional y nación más favorecida. Bergel, al referirse al principio del trato nacional, en el escenario del régimen del Convenio de París, exponía que “esta regla –al decir de Mathèly - es la que realiza la Unión y asegura su función al permitir a cada uno en cada país de beneficiarse, si no de una protección uniforme, de una protección igual”.⁸⁹ El trato nacional significa que cada Estado firmante otorgará a los nacionales de los demás países, un trato no menos favorable que el otorgado a sus propios ciudadanos con respecto a la protección y goce de los derechos de propiedad intelectual.

Por su parte Bercovitz manifiesta que “el planteamiento al que responde el principio de trato de la nación más favorecida consiste en uniformizar la protección entre todos los Estados”.⁹⁰ El principio del trato de la nación más favorecida, que representa una innovación respecto del régimen París-Berna, involucra que toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad que conceda un país Miembro a los nacionales de otro país se otorgarán inmediatamente y sin condiciones a los nacionales de todos los demás Miembros.⁹¹ Estos dos principios, actuando juntos, destierran a la reciprocidad del marco de las relaciones internacionales, al menos debería. En estos pilares radica el fundamento de una legislación global homologada.⁹²

Siendo así, todo cambio o reforma que se introduzca en el Acuerdo ADPIC deberá plasmarse en estricto respeto a los principios del trato nacional y nación más favorecida, no sólo en virtud de que estos principios son prácticamente inamovibles (El Tratado que crea la OMC en su capítulo X, inciso 2, establece que para que procedan enmiendas al principio de la nación más favorecida, por ejemplo, se requerirá de mayoría absoluta), sino en virtud del

⁸⁹ “Y. P. Mathely, *Le droit français des brevets d'invention*, París, 1974, p. 794.” Citado por (S. Bergel, *Disposiciones generales y principios...*, 57).

⁹⁰ Alberto Bercovitz, *El derecho de autor en el acuerdo TRIPS*, en Temas de derecho industrial y de la competencia, vol. I, Propiedad Intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997, p. 26.

⁹¹ Según Bergel, el principio del trato de la nación más favorecida, que es aporte original del GATT/OMC, “actúa como corrector de las posibles insuficiencias del principio trato nacional”. Manifiesta además que los dos principios juntos “tienden, por un lado, a asegurar la no discriminación entre nacionales y extranjeros y, por otro, a evitarla entre nacionales de distintos países”. (S. Bergel, *Disposiciones generales y principios...*, 60-61).

⁹² Sólo respecto de los acuerdos multilaterales concretados bajo los auspicios de la OMPI sobre adquisición y mantenimiento de la protección no serán aplicables los principios de trato nacional y de nación más favorecida.

efecto positivo que estos dos principios actuando juntos consiguen. Más adelante se explicará como el correctivo propuesto en este estudio es compatible con estos dos principios, siendo plausible su inserción en el actual régimen mundial de protección de las invenciones.

2.2. Elemento axiológico (justicia).

Hay muchos elementos de la normativa del Acuerdo ADPIC que pueden ser discutibles desde un análisis axiológico (los cuales serán identificados en el presente subcapítulo así como en el siguiente), pero en el fondo, todas las deficiencias al respecto se subsumen en un mismo aspecto: una duración uniforme de la protección conferida por todos los Estados, sin importar su condición económica.⁹³ No existe proporcionalidad. Es así que actualmente el plazo de protección que se otorga a las invenciones es, a nivel mundial, de veinte años contados a partir de la presentación de la solicitud.

Resulta contradictorio que los habitantes de Canadá, por poner el ejemplo de un país desarrollado (con habitantes y gobiernos con profunda conciencia social, vale destacar), con ingresos *per cápita* de 29.740 US \$ anuales, sufran la existencia de un “monopolio legal” de 20 años, al igual que el pueblo de Sierra Leona, país con ingresos *per cápita* de apenas US \$ 530.⁹⁴ El sólo enunciar lo anterior devela el inadecuado tratamiento que al respecto prevé la norma. Al aplicar un correctivo obvio a esta situación –la proporcionalidad- se podrán analizar los demás aspectos del régimen de protección de las invenciones desde la perspectiva axiológica; todo análisis anterior será insuficiente.⁹⁵

El planteamiento que en estas líneas se esboza radica en fortalecer la homologación de la normativa, para profundizar la eliminación de distorsiones en el mercado y alentar la

⁹³ “La reforma de la OMC demandará reflexionar acerca de una agenda comercial más equilibrada; más equilibrada en el tratamiento de los intereses de los países en desarrollo, más equilibrada en cuestiones que, como el medio ambiente, van más allá del comercio.” J. Stiglitz, *El malestar en la globalización*, México, Taurus, 2002, p. 340.

⁹⁴ UNFPA, Estado de la población mundial 2005, “La promesa de igualdad, equidad de género, y objetivo de desarrollo del milenio”, Fondo de Población de las Naciones Unidas, http://www.unfpa.org/swp/2005/pdf/sp_swp05.pdf.

⁹⁵ Norberto Bobbio, al desarrollar el que él identifica como el primero de los tres criterios de valoración de las reglas jurídicas (él manifiesta, para así entender la necesidad de utilizar los tres criterios de valoración, que frente a cualquier norma jurídica podemos plantearnos un triple orden de problemas), indica que: “el problema de la justicia es el problema de la más o menos correspondencia entre la norma y los valores superiores o finales que inspiran un determinado orden jurídico. No tocamos por ahora el problema de si existe un ideal del bien común, idéntico en todo tiempo y lugar. No es suficiente comprobar que todo ordenamiento jurídico persigue algunos fines, y aceptar que estos fines representan los valores por cuya realización el legislador, más o menos conscientemente, mas o menos adecuadamente, dirige su propia obra. Cuando se considera que hay valores supremos, objetivamente evidentes, preguntarse si una norma es justa o injusta equivalente a preguntarse si es apta o no para realizar esos valores. Pero también en el caso de quien no crea en valores absolutos, el problema de la justicia de una norma tiene un sentido: equivalente a preguntarse si esa norma es apta para realizar los valores históricos que inspiran ese ordenamiento jurídico, concreta e históricamente determinado. El problema de su es una norma es o no justa es un aspecto de la oposición entre mundo ideal y mundo real, entre injusta es lo que no debería ser. Plantear el problema de la justicia de una norma equivalente a plantear el problema de la correspondencia entre lo que es real y lo que es ideal. Por eso el problema de la justicia se conoce comúnmente como el problema deontológico del derecho”. Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, Madrid, Editorial Debate, 1992, pp. 33 y 34.

investigación y desarrollo, entre otros objetivos, pero con la introducción de un sistema de recompensa más justo, fundamentado en el principio de *cada quien según su capacidad* o principio de proporcionalidad. En este hipotético sistema cualquier titular de una patente de invención gozará de idéntico plazo de protección a nivel mundial que cualquier otro titular de patente de invención, sin importar sus nacionalidades y el ámbito de la tecnología de que trate la invención,⁹⁶ en estricto apego a los principios de trato nacional y nación más favorecida;⁹⁷ pero la duración de sus derechos variará proporcionalmente de un país a otro.

Kresalja, interpretando una propuesta del tratadista Thurow, manifiesta que sería recomendable una graduación según la capacidad económica de los distintos Estados en el sistema de Patentes, en cuanto a las tasas y anualidades.⁹⁸ Cabe mencionar que esta proporcionalidad se está aplicando para las patentes internacionales conocidas como PCT, en que, por ejemplo, para los solicitantes de patentes nacionales de ciertos Estados puede haber una disminución en el pago de la tasa de registro de un 75 %.⁹⁹ Es una excelente iniciativa, digna de elogio, pero aún resta aplicar la proporcionalidad en un tema más importante. Incluso, como se lo vio al analizar la vigencia del Acuerdo ADPIC, una especie de proporcionalidad se aplicó en virtud de la distinta capacidad económica de los países en cuanto a los plazos de implementación del acuerdo, determinando una vigencia gradual del Acuerdo. Lo anterior demuestra la vinculación que el principio de proporcionalidad, aceptado como principio

⁹⁶ “Curiosamente, desde otra perspectiva –la de los países desarrollados- también se critica duramente la falta de flexibilidad, constituyéndose en uno de los cuestionamientos más serios al actual sistema de patentes.” Estos autores manifiestan que “otro aspecto de singular importancia es el plazo uniforme de 20 años de protección que el ADPIC ha incorporado, y que no corresponde al tiempo de vida tecnológico de productos de distintas áreas; así por ejemplo, en computación el ciclo dura entre 3 y 5 años; en software de 4 a 5 años; en electrónica de 5 a 6 años; en metalurgia de 12 a 15 años; y en productos farmacéuticos de 15 a 20 años. Tan grandes diferencias representan un enorme costo social frente a un título con 20 años de duración uniforme”. B. Dhar y N. Rao, *La vinculación de los derechos de propiedad intelectual con el comercio*, en Temas de derecho industrial y de la competencia, vol. I, Propiedad Intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997, p. 231.

⁹⁷ La presente propuesta se encuentra en absoluta comunión con los principios de trato nacional y nación más favorecida, que fueron previamente analizados, en virtud de que, de aplicarse la proporcionalidad, ningún Estado otorgará ventaja adicional alguna a sus nacionales ni a los nacionales de otros Estados respecto del plazo de duración de la protección concedida por una patente, con lo que se cumple con estos principios. Las facultades concedidas por una patente de invención podrán tener diversos períodos de vigencia de Estado a Estado, ya que dependerá del momento en que cese el derecho (que fenezca el plazo de protección) para que dejen de ser exigibles, y este momento puede variar (de hecho varía) de un Estado a otro. En el territorio de un determinado Estado la duración de la protección que concede una Patente (distinta a las de otros Estados) será idéntica para todo titular de una Patente (determinada en relación con la capacidad económica de los Estados), sin importar la nacionalidad del titular, sin que esto signifique de manera alguna violación de los principios del trato nacional y nación más favorecida. Se debe recordar que en el ámbito internacional el control y tutela son realizados por cada Estado de manera absolutamente territorial. Son los jueces, autoridades administrativas, fuerza pública y aduanas de un Estado, quienes aseguran el ejercicio de la propiedad intelectual.

⁹⁸ “En materia de invenciones debe estudiarse la posibilidad, dicen, que al igual que sucede con el impuesto a la renta, los interesados paguen las tasas fiscales o anualidades de acuerdo a ingresos.” “L. Thurow, *Needed: A new system of intellectual property rights*, en Harvard Business Review, Set. Oct., 1997, p. 279.” Citado por (B. Kresalja, *El sistema de Patentes...*, 279).

⁹⁹ Patentes tramitadas al amparo del procedimiento internacional que introduce el “Tratado de cooperación en materia de Patentes” (PCT por sus siglas en inglés), del cual un número considerable de países son miembros. Para más información sobre la proporcionalidad en cuanto a tasas PCT se la puede encontrar en: “Applicability of 75% Reduction in Certain PCT Fees”, The World Intellectual Property Organization (WIPO), http://www.wipo.int/pct/en/fees/fee_reduction.pdf.

fundamental en el ámbito del Derecho en general, ha tenido hasta el momento con el sistema de patentes, lo cual es bueno pero todavía insuficiente.

Para estructurar el sistema proporcional en cuanto a la duración de los derechos de una patente, una única reforma en el texto del Acuerdo ADPIC es requerida: su artículo 30. Si bien esta reforma no será tan sencilla de concretar como el tronar los dedos, es plausible. Como se lo menciona en la conclusión del presente estudio, los mecanismos para implementar reformas están establecidos y los foros para discutirlos son continuos (estos son, en ámbito de sus competencias, las llamadas Rondas de Negociaciones –como la de Doha o la “Ronda del milenio”, entre otras- y el seno del Consejo de los ADPIC). Si bien esta ya trazado el marco para eventuales reformas, la implementación práctica de la reforma propuesta requerirá de un minucioso análisis, principalmente económico.

En virtud de que el tema económico escapa el objeto de análisis del presente estudio, no es posible profundizar en demasía sobre este asunto. Vale sin embargo adelantar que parámetros económicos como el Producto Interno Bruto de un país, o parámetros socioeconómicos como los índices de desarrollo humano, podrían ser adecuados indicadores que reflejen la medida en que cada país está en capacidad de aportar al desarrollo tecnológico de la humanidad. Cada Estado, país o región económica, según sea el caso, otorgará un determinado número de años de exclusividad a los titulares de patentes al interior de su territorio, sin miramientos a la nacionalidad del titular, según una determinación técnica económica adecuada, que el presente estudio no se aventura a determinar, pues escapa al ámbito de su análisis.

Por su parte la implementación del correctivo propuesto (la proporcionalidad en cuanto a la duración de la protección que concede una patente en virtud de la capacidad económica de los Estados), en las estructuras de la OMC y del Consejo de los ADPIC (en cuanto a las competencias y mecanismos se refiere), requerirá también de exhaustivos análisis; muchas aristas podrán devenir de esta hipotética reforma, por lo que, a riesgo de pecar de desmedido

entusiasmo, no es prudente profundizar en demasía al respecto.¹⁰⁰ No obstante, modestamente se plantean algunas apreciaciones preliminares.

2.2.1. Consideraciones generales.

Como ya quedó anotado, bajo este hipotético sistema el plazo de protección que concede una patente no será igual en todos los países, a lo cual se le debe añadir una consideración adicional; tampoco será estable. En virtud de que la determinación del plazo de protección que otorga una patente estaría en relación con un factor variable, como es la capacidad económica de los Estados, este podría variar en el tiempo. La periodicidad de las revisiones a que hubiere lugar es un asunto a determinar en virtud de un profundo análisis técnico-económico; aún así cabe manifestar que se debería propender a que dicha revisión sea lo más frecuente posible.

La flexibilidad antes relatada, lejos de ser un elemento negativo significaría un gran aporte. Baste recordar que los países y pueblos, por diversas circunstancias, pueden entrar en crisis económicas que prácticamente sin excepción han sido sufridas por todos los pueblos. Siendo así, todo país podría beneficiarse en el devenir de la historia de un sistema coherente desde la perspectiva axiológica, ya que en un escenario de crisis sus habitantes verían disminuir el período de exclusividad concedida a las patentes en su territorio. Qué mejor forma de simpatizar con pueblos hermanos cuando estén en crisis; este tipo de solidaridad incidirá positivamente en la cohesión de la humanidad.

Por su parte, si un determinado país se beneficia de un plazo de protección corto, será en virtud de una mala situación económica, la cual obviamente dicho Estado pretenderá revertir; de lograrlo, estará en aptitud de aportar en mayor medida al progreso tecnológico de la humanidad, consecuentemente el periodo de exclusividad que este Estado concede a los titulares de patentes en su territorio se extenderá.

Claro que esta flexibilidad, que puede ser un elemento positivo como someramente se lo determinó en los párrafos anteriores, puede traer ciertas complicaciones prácticas, que deberán ser solventadas con regulaciones específicas. Podrían darse situaciones en las que, por una

¹⁰⁰ El plazo diferenciado de protección dependerá de la determinación que al respecto se realice por parte del organismo internacional competente que se designe para el efecto, en aplicación de parámetros constantes, tomando en cuenta análisis económicos adecuados.

mejor o peor situación económica de un determinado país, una patente que hubiere vencido, al haberse modificado el período de exclusividad para ese Estado, estuviera en actitud de recuperar su vigencia (o viceversa), lo cual podría a su vez acarrear afectaciones a terceros. Por otra parte se dificultaría el encontrar un precio justo y permanente a la cesión de uso de una patente, por poner otro ejemplo. Aún así, se deberán encontrar soluciones a estas situaciones, teniendo en cuenta que el objetivo ulterior vale la pena.

En todo caso respecto de la flexibilidad del plazo antes relatada, se puede manifestar de manera general que, desde el punto de vista del titular, una vez que se conozca el plazo de protección que un determinado Estado está obligado a otorgar (el cual podrá variar según la periodicidad en la que éste se reavalúe), se sabrá el estatus de una determinada patente (si se encuentra vigente o si el invento que la patente protegía ha pasado a ser de uso público en ese determinado Estado). Así, por ejemplo, desapareciendo el hecho que justifica una cesión de uso, desaparecerán las obligaciones del contrato que le es accesorio. La implementación del sistema proporcional seguro traerá dificultades, pero se podrán encontrar las soluciones. Al constituir una propuesta nueva, es claro que no es el momento aún de desarrollarlas.

Para que este hipotético sistema funcione de manera óptima, los procedimientos para la concesión de una patente deberán ser, en la medida de lo posible, universales.¹⁰¹ El “Tratado de cooperación en materia de Patentes” (PCT), de 1970, modificado en 2001 y el “Tratado sobre el derecho de Patentes” de 2000, son ejemplos de avances significativos al respecto. Los esfuerzos en el futuro deberán encaminarse a concretar un sistema internacional de concesión de patentes, universal y eficiente que este definitivamente ligado al Acuerdo ADPIC (no es el caso de los instrumentos internacionales antes mencionados). De concebirse un sistema justo, por qué no llegar a instaurar una patente universal. Este objetivo aún parece lejano, pero hacia

¹⁰¹ Esto será deseable de establecerse un sistema justo, pero en todo caso difícil de alcanzar. Como ejemplo de un estudio sobre ciertas dificultades en cuanto a la homologación de los procedimientos de concesión de Patentes, cabe mencionar el estudio de Albert Colas y Charles Reibel. Este estudio aborda las posibles dificultades de concebir una concesión de Patente que exceda lo territorial, en virtud de que las distintas visiones respecto de los exámenes de patentabilidad, relacionados ulteriormente con la concesión, resultan difíciles de superar. Albert Colas y Charles Reibel, *El problema de la armonización de las legislaciones de Patentes de Invención. Estudio de las condiciones de seguridad jurídica en materia de patentes. Los criterios de patentabilidad y su aplicación por las administraciones y por los tribunales*, en Trad. de Monique Lions Signoret, páginas 581 a 596, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/42/art/art2.pdf>.

este escenario deberá estar encaminada la humanidad, bajo la condición de que los necesarios correctivos axiológicos al acuerdo que actualmente rige la materia sean implementados.

Algo que sería recomendable, aún cuando no fundamental, es que los períodos comiencen a correr desde la concesión de la patente. Si la duración del derecho de exclusiva se computase desde el acto administrativo que concede protección, se evitarían ciertos problemas; claro está que se deberán siempre reconocer ciertos otros derechos a partir de la solicitud. Como ejemplo de esta conflictividad, cabe mencionar que algunos sectores han considerado pertinente que, de existir demoras injustificadas en la concesión de una patente, se amplíen los plazos de protección para resarcir el perjuicio que sufre su titular por esta demora.¹⁰²

Otro ejemplo que demuestra que este asunto constituye un eventual foco de conflicto, fue la infructuosa intención que tuvo Canadá de reducir los plazos de protección, cuando la concesión de la protección a una invención se hubiese producido en un plazo corto.¹⁰³ Esta era una pretensión coherente; caso contrario, qué utilidad conlleva para Canadá que su oficina nacional competente sea altamente eficiente. Por el contrario, esta eficiencia actúa en desmedro de sus pobladores, que tendrán que sufrir económicamente la exclusividad de un producto por un período mayor que si la oficina nacional competente de Canadá fuera lenta. Hay que reconocer que éste no es un tema pacífico; existen sectores que han estado tradicionalmente opuestos a que el período de exclusividad se contabilice desde su concesión.¹⁰⁴ No es un cambio imperativo, pero cabría la reflexión al menos, de estructurarse un sistema proporcional en los plazos de protección.

¹⁰² Los Estados Unidos están procurando que en los convenios bilaterales que lleve a cabo, se reconozca en la legislación de los países con los que suscribe dichos acuerdos, un plazo adicional de protección en caso de demoras injustificadas en el otorgamiento de la patente. La firma del TLC entre los Estados Unidos y el Perú, por ejemplo, trajo como resultado que en el seno de la Comunidad Andina de Naciones, el Perú haya promocionado una reforma a la Decisión 486, "Régimen Común Sobre Propiedad Industrial", para permitir a los miembros establecer disposiciones en este sentido, lo cual se cristalizó mediante la Decisión 689 del 13 de agosto de 2008. Resulta que en algunos de los países en vías de desarrollo, la concesión de una Patente una vez presentada la solicitud, demora más de lo que debería, lo cual menoscaba el derecho del titular. Esto, como se verá al analizar la eficacia de la norma, (lo mismo sucede en cuanto a las medidas para el efectivo ejercicio de los derechos que devienen de una Patente) probablemente responde a un factor psicológico, ya que no existe un genuino interés de la autoridad nacional, en dictar el acto administrativo que potencialmente hará suban los precios del productos farmacéuticos, por ejemplo.

¹⁰³ Un Panel de la OMC, conformado en virtud del tema "Canadá - Término de la Patente", declaró contrario al artículo 33 la disposición de la legislación canadiense en este sentido: "In Canada - Patent Term, Canada argued that although it was making available a patent protection period of only 17 years from the date of the grant of the patent, contrary to the requirement under Article 33 of a 20-year protection period counting from the date of the filing of the patent application, the relevant Canadian law was not inconsistent with Article 33, because - due to the length of the application procedures - the effective patent protection period was in fact equal to 20 years, as required by Article 33. The Panel rejected this argument and found a violation of Article 33". Esto fue posteriormente confirmado por el Comité de Apelaciones. "WTO Analytical Index: TRIPS Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights", Interpretation and Application of Article 33. http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/trips_02_e.htm#article33.

¹⁰⁴ "Por ejemplo, Japón identificó como supuestos de protección excesiva el plazo de protección de la patente que se inicia con su concesión y no con la presentación de la solicitud." (B. Kresalja, *El sistema de patentes...*, 250-251).

2.2.2. Objetivos del sistema de protección de las invenciones.

Lo esencial para estructurar un sistema de protección a las invenciones es identificar los objetivos y principios que vale la pena se protejan y alienten. Cabe manifestar que dada la universalización de la normativa, los objetivos que se deben proteger también deben plantearse desde una perspectiva universal. Una vez identificados, las regulaciones al respecto deben propender conseguir estos objetivos y buscar el respeto a estos principios, de la manera que mejor sepa desarrollarlas el intelecto humano.

Dejando sentado lo concerniente a la proporcionalidad (propuesta central del presente estudio), que es un principio que por su trascendencia en el aspecto axiológico debe aplicarse de manera inequívoca, es pertinente identificar otros principios y objetivos que un régimen de patentes bien concebido debe reconocer. Cabe destacar que todos los objetivos y principios que el presente estudio identifica (a excepción del principio de proporcionalidad), están reconocidos entre los objetivos y principios del Acuerdo ADPIC (principalmente en los artículos 7 y 8), lo cual alienta la posibilidad –de introducirse el principio de proporcionalidad– de concretar dentro del propio Acuerdo ADPIC un sistema adecuado de protección. Los principios y objetivos deberán actuar coherentemente entre sí para concretar el objetivo central del régimen de protección de las invenciones (que es objetivo el de toda norma): el bienestar general.

Como ya fue analizado, es un elemento elogiado del Acuerdo ADPIC la homologación de la normativa relativa a la propiedad intelectual a nivel mundial, pues ataca las distorsiones en el mercado mundial que una regulación dispar produce. Este gran objetivo, que debe permanecer sin duda, reclama una mayor homologación de las normas universales en la medida de lo posible, claro está. En el siguiente sub-capítulo referido a las normas sustantivas, al comentar uno por uno los elementos principales de lo que constituye actualmente parte de la normativa global homologada y aquellos aspectos que escapan a la homologación, se consignarán someras opiniones sobre la factibilidad de una mayor uniformidad u homologación, lo cual será deseable siempre y cuando el principio de proporcionalidad sea introducido al régimen actual.

Al respecto de lo anterior y antes de continuar con el estudio de los objetivos y principios del régimen de protección a las invenciones, cabe una digresión. La existencia de parámetros mínimos de protección homologan las legislaciones a la par que aseguran que no se creen distorsiones en el mercado, lo cual es correcto. Por ejemplo Bercovitz manifiesta que el “mercado globalizado exige niveles mínimos de protección en todos los países, de manera que no se creen diferencias competitivas que distorsionen el funcionamiento del mismo.” (A. Bercovitz, *Los derechos de autor...*, 19). Sin embargo cabe manifestar que el evitar distorsiones en el mercado no exige niveles idénticos de protección en cuanto a la duración de la protección, sino que exige se apliquen las mismas reglas del juego para todos los actores comerciales, exigiendo a los Estados, en este caso sí, establezcan y cumplan los parámetros mínimos que determina el Acuerdo ADPIC para asegurar el reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual.

En la hipotética implementación del sistema propuesto, todos los agentes del mercado mundial, sin importar sus nacionalidades, tendrán garantizado un mismo período de protección a sus invenciones a nivel global que cualquier otro de sus competidores. Claro que el período de protección otorgado a los agentes del mercado variará de país en país en aplicación del principio de proporcionalidad, pero siempre de manera idéntica para todos ellos. Siendo así, se mantendrá incólume el objetivo consistente en evitar distorsiones en el mercado, no obstante la inexistencia de un mínimo uniforme a nivel global en cuanto a la duración del derecho que concede una patente. El que no se respeten los derechos conferidos por una patente o que estos varíen de legislación en legislación son efectivamente focos de distorsión, no así la proporcionalidad de su duración en virtud de la capacidad económica de los países.

Cabe finalmente un comentario que tiene relación con lo anterior. Actualmente, el hecho de que el período de protección mínimo de veinte años de exclusividad admita una concesión de ventaja adicional por parte de los Estados, constituye una hipocresía. En el sistema propuesto, claro que podría mantenerse la libertad de los Estados de conceder un período de protección mayor al que le hubiere determinado como obligatorio el organismo competente,

pero al igual que en la actualidad con respecto a la posibilidad de conceder un período de protección mayor a los veinte años, difícilmente se podrá encontrar un caso práctico en que se haga uso de esta libertad.

Volviendo al tema, otro principio importante del régimen de patentes constituye el lograr del titular la divulgación de los conocimientos que su invención aporta respecto del estado de la técnica. En aplicación de este principio, en virtud de la divulgación a que obliga la solicitud de una patente, la nueva invención incide positivamente en el conjunto de conocimientos de la sociedad universal (cumpliendo por tanto su objetivo), lo cual posibilitará mayor bienestar global. Este principio, el de la divulgación, coincide con el objetivo detrás del principio de transferencia de tecnología. El objetivo subyacente en uno y otro caso es la incidencia positiva en el conjunto de conocimientos de la humanidad, lo cual sin duda se deberá alentar. En cuanto a la divulgación poco más se puede referir; cabe entonces comentar sobre la transferencia de tecnología, objetivo que el actual régimen ha fallado en conseguir.

Sin embargo de que la transferencia de tecnología es un valor constante en la declaración de principios y objetivos del propio Acuerdo ADPIC, hay quienes, como se verá seguidamente, encuentran que este objetivo no se cumple de manera cabal en el régimen actual. Inclusive se ha llegado a argumentar, fundamentadamente, que el sistema actualmente concebido perpetúa la diferencia o brecha tecnológica entre los países desarrollados y en vías de desarrollo.¹⁰⁵

Las herramientas que el Acuerdo prevé para asegurar este objetivo han probado no ser del todo eficientes.¹⁰⁶ Esto se debe a que una norma con deficiente contenido axiológico es difícil de aplicar eficazmente (igual situación se produce con respecto al actual régimen, en que en

¹⁰⁵ Para una referencia más completa sobre esta teoría ver: Biswajit Dhar y C. Niranjan Rao, *La vinculación de los derechos de propiedad intelectual con el comercio*, en Temas de derecho industrial y de la competencia, vol. I, Propiedad Intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997. Al referirse a la brecha tecnológica, ellos la identifican como brecha entre Norte y Sur. Vale traer a colación el fundamento económico de la apreciación Dhar y Rao. Se sustentan en la llamada teoría de la “paradoja de las Patentes” (tiene relación a como el “monopolio patentario” da pie a la destrucción de la competencia y como garantiza el acceso a la protección a las compañías poderosas; claro que hay muchas opiniones en contrario), que fuera por primera vez desarrollada por Robinson en 1939, posteriormente abordada por, entre otros, Hayek, Marshal, Burns, Robinson, Jewkes, Sawyers y Stilerman, Taylor y Silberston, etc. Estos autores critican esta realidad, crítica que encuentra pleno sentido, al menos en el sistema actualmente concebido. Conclúan estos criterios que “el costo del monopolio para el resto de la economía excede el beneficio de tener una tecnología basada en patentes”. (B. Dhar, *La vinculación de los...*, 143).

¹⁰⁶ En virtud de aquello han llegado a esgrimirse posiciones un tanto extremas, pero apegadas a la realidad, que incluso ponen en entredicho la protección de las invenciones. Así, por ejemplo, Kresalja sustentado en Lester Thurow, manifiesta: “Y, aunque suene herético, en el terreno del conocimiento la copia y adaptación significan la vía natural para que las naciones pobres alcancen a las desarrolladas”. Como lo refiere Kresalja, Thurow en su momento manifestó: “Yet copying to catch up is the only way to catch up. Every country that has caught up has done it by copying. Third World countries know that unless they can acquire the necessary knowledge, they will never make it into the First World. They cannot afford to buy what they need—even if those who have the knowledge were willing to sell, and they are not. So they have to copy.” “L. Thurow, *Needed: A new system of intellectual property rights*, en Harvard Business Review, Set. Oct., 1997, p. 284.” Citado por (B. Kresalja, *El sistema de patentes...*, 277).

algunos países en vías de desarrollo es notoria la inaplicación de ciertas normas de protección de los productos del intelecto en general -así lo denuncian con fuerte fundamento los países desarrollados-. No resulta viable ni coherente que a quien ostenta una patente, luego de su esfuerzo y riesgo, se le pida comparta o transfiera su novedosa tecnología; esto es inaplicable.

Como consecuencia de lo anterior hasta el momento el principio de transferencia de tecnología ha sido meramente declarativo, a excepción de ciertos programas estatales de desarrollo llevados a cabo por algunos países industrializados en apoyo a otros menos afortunados. La transferencia de tecnología como está planteada es una norma que pretende plasmar un objetivo importante, pero por su deficiente contenido axiológico se torna en una declaración lírica. Como se explica en los siguientes párrafos (los criterios que a continuación se expresan responden a una mera presunción, razonada por supuesto, pero carente de comprobación desde el punto de vista técnico económico), en aplicación del principio de proporcionalidad, cuya introducción el presente estudio propone, en conjunción con el principio de libre circulación mundial de los productos protegidos por los derechos de propiedad intelectual (principio reconocido por el Acuerdo ADPIC), se podrá subsanar esta situación y propender a la transferencia real y efectiva de tecnología.

Con la introducción de parámetros de justicia a través del plazo de protección diferenciando, la transferencia de tecnología no vendrá como consecuencia de la gracia bondadosa de quien la posee; lo anterior no se dio y jamás se dará. En base al sistema propuesto (a consecuencia de la liberación anterior del “monopolio patentario” en los países más pobres, en virtud de la aplicación del principio *cada quien según su capacidad*), la libre competencia incentivará a las grandes industrias a establecer fábricas en los países en que la liberación de las patentes será anterior.

Se puede preveer, lo cual deberá ser comprobado desde una perspectiva económica, que habrá atractivo suficiente para que empresas de cualquier lugar del mundo den uso, en ese mercado únicamente claro, del recientemente incorporado avance de la humanidad; y en la localidad en donde se realiza una actividad intelectual esta efectivamente se transfiere,

asegurando de esta manera que la divulgación cumpla su real objetivo: incidencia positiva en el conjunto de conocimientos de la humanidad. Bajo este hipotético escenario el propio libre mercado mundial atraerá las industrias a estos países, en donde de manera anticipada las nuevas invenciones podrían ser explotadas libremente. Así, como un efecto positivo adicional de la introducción en el régimen de las patentes de invención de un plazo de protección diferenciando en virtud de la capacidad económica de los países, la transferencia de tecnología se dará consecuencia de la aplicación de dos objetivos constantes en el propio régimen.

En este escenario, todos los competidores de una determinada industria verán interesante su presencia en los países más pobres (más allá de ciertas dificultades políticas que puedan aquejar a algunos de estos países), ya que podrán adelantar los esfuerzos para la producción de los inventos anticipadamente liberados en dichos Estados (de donde eventualmente podrán exportar al resto del mundo), en espera de la paulatina liberación mundial de la patente. Se producirá y se transferirá la tecnología en los países que más lo necesitan, y no en virtud de dádivas (que por su pobre sentido axiológico no son aplicables) sino en virtud del libre mercado. Es así que la propuesta contenida en el presente estudio coadyuva a implantar un real sistema de transferencia de tecnología, objetivo básico detrás del sistema de patentes.

En concordancia con lo anterior (y de aplicarse la propuesta), se debe ratificar el principio por el cual se considera como explotación de un producto la importación del mismo. Esto permitirá que las exportaciones se realicen desde los Estados pobres al resto del mundo (resolviendo en parte las desigualdades de las balanzas comerciales), donde los agentes comerciales internacionales probablemente operarán atraídos por la anticipada liberación de los “monopolios patentarios”.

Las empresas multinacionales son empresas del mundo que no conocen fronteras (claro que sus capitales están en manos de inversionistas del primer mundo, lo cual no está mal). La implementación de este sistema no significaría obligar artificiosamente a los agentes comerciales a establecer su industria en un determinado lugar (es pertinente recordar que la propia propiedad intelectual es en alguna medida artificiosa); aquello se lo deja al libre

mercado. Como ya se dijo, establecidas las industrias, podrá exportarse desde aquellos países al resto del mundo a medida que se libere de manera paulatina la patente en los demás Estados, promocionándose, sin romper con el principio de la liberación comercial, la transferencia de tecnología y la inversión extranjera en los países que más lo requieren.

Tomando en consideración lo anterior vale traer a colación un objetivo del régimen de protección de las patentes (que en realidad deviene de él) que debe ser aprovechado y potencializado: el incentivo a la competitividad. Este objetivo se instrumenta mediante el principio de libre circulación mundial de los productos protegidos por los derechos de propiedad intelectual, que fue anteriormente invocado. El incentivo a la competitividad y la libre circulación de los productos protegidos es importante ya que apoyan el objetivo por el cual se busca obtener un mayor desarrollo tecnológico. Sobre este objetivo cabe una aclaración: el objetivo de fondo o subyacente de todo el régimen de patentes es el bienestar general, no el desarrollo tecnológico en sí mismo. Mientras coadyuve a la consecución del bienestar general, los esfuerzos para alentar la investigación y consecuentemente el desarrollo tecnológico deberán permanecer.

Dicho lo anterior es importante destacar que sin este objetivo como parte del sistema (la promoción de la investigación y desarrollo de nuevas tecnologías), el derecho de patentes se desfiguraría de tal modo que no podría identificárselo. Se dejó al último el análisis de este objetivo, aún cuando es esencial, ya que coadyuva a introducir al presente estudio en los aspectos económicos del derecho de patentes, cuyo análisis será abordado una vez que se consignen ciertas opiniones respecto del anteriormente enunciado objetivo.

Un principio constante en el Acuerdo ADPIC que apoya la promoción de la investigación y desarrollo de nuevas tecnologías, es aquel que determina que se concederá protección a todas las invenciones en todos los ámbitos de la tecnología. Como se verá en el siguiente subcapítulo, es correcto que este principio admita excepciones, pero éstas deberían ser las menores posibles, claro, siempre y cuando se estructure de manera integral un sistema axiológicamente coherente. Desde esta perspectiva, incluso podría optarse por un sistema amplio de protección,

como el que ha sido concebido en los Estados Unidos. En un sistema justo (proporcional en cuanto a la duración de los derechos) las concepciones estadounidenses no parecerían tan desacertadas.¹⁰⁷ Lo cierto es que sólo se promoverá la inversión en la investigación y desarrollo de nuevos productos (esta reflexión es aplicable a todos los ámbitos de la tecnología) en la medida en que estas inversiones sean recompensadas.

Es innegable el riesgo que de las inversiones en desarrollo tecnológico se desprenden, donde los costos durante el proceso de investigación llegan a ser astronómicos. En tal virtud, los actores sociales se decidirán a invertir en la investigación sólo si el sistema de patentes les asegura una adecuada protección respecto del resultado de su esfuerzo.¹⁰⁸ Caso contrario la inversión sería menor e incluso nula, perjudicándose directamente a la comunidad global, el interés público y el bienestar general.¹⁰⁹

Por lo tanto, no es aventurado decir que el sistema de protección a las invenciones que se instrumenta mediante un determinado régimen de patentes, desde un punto de vista macro, beneficia aún más a la comunidad que al inventor; esto será así siempre y cuando la retribución al inventor sea proporcional. Aquí radica, conjuntamente con el principio de la divulgación del conocimiento, la base fundamental para que se otorgue exclusividad sobre un producto del intelecto por un período determinado de tiempo.

Se debe considerar que la exclusividad sobre una invención, según cual sea su aplicación práctica, tendrá mayor o menor contenido económico. Como la exclusividad sobre la invención debe establecerse mediante una norma general y abstracta, ya que no se puede regular para cada caso específico, el período de exclusividad debe comprender un tiempo estimado como suficiente para asegurar la recuperación de la invención inclusive en los casos de inventos

¹⁰⁷ “Este país (se refieren a EE.UU.) brinda el régimen de patentes más fuerte y hacia él se está orientando el sistema mundial”. (B. Dhar, *La vinculación de los...*, 154).

¹⁰⁸ “Bajo la concepción que prevalece hoy, se supone que al permitir la disponibilidad de los productos (lo cual no ocurriría, hipotéticamente, si no existe protección) y estimular las inversiones en investigación, la sociedad se ve compensada absolutamente por el monopolio que otorga.” (C. Correa, *Instrumentación del acuerdo...*, 98).

¹⁰⁹ “La promoción de conocimientos técnicos, es decir, el promocionar a la sociedad el mayor número de soluciones a los problemas técnicos que se presentan, conservando -debidamente ordenados- esos conocimientos y, hasta donde fuera posible, promoviendo su explotación, su aplicación en la realidad. Sólo así se justifica que el ordenamiento jurídico otorgue a individuos o empresas el inmenso poder de monopolizar una respuesta técnica, una solución, en una economía de mercado donde, en principio, los monopolios legales no deben existir.” “Alberto Bercovitz, *Algunas nociones preliminares para el estudio del Derecho de Patentes*”, en *Revista de Derecho Mercantil*, No. 105-106, Madrid, 1967.” Citado por (B. Kresalja, *El sistema de Patentes...*, 196). De igual forma, tal como lo refiere Correa, la jurisprudencia en los Estados Unidos en este sentido ha sido absolutamente clara: “el incentivo de la inversión de riesgo en el propósito fundamental de la concesión de la patente, se basa directamente en el derecho de exclusión”. “Plate Corp. Vs. Missinghoff 758 2d. 594, 599, Fed. Circ. 1985.” (C. Correa, *Instrumentación del acuerdo...*, 98).

cuya significación económica sea menor, con lo que se asegurará retribución a toda inversión en investigación. Lo anterior resulta lógico, es pertinente acotar, más aún en virtud de que no toda inversión necesariamente terminará con el apareamiento de una nueva invención. Esto permitirá que en la mayoría de casos no sólo se recupere la inversión sino que se configure una recompensa suficiente y merecida. Mientras mayor sea la aplicación práctica de la invención mayor será la recompensa. Es importante reiterar que la recompensa que en líneas anteriores se describe, en un sistema justo, deberá ser asumida proporcionalmente de manera global.

En varios intentos por determinar un acercamiento adecuado a la limitación temporal del derecho sobre una patente, se han producido un sinnúmero de teorías, entre las cuales vale destacar la teoría de la recompensa, a la cual como se puede colegir de los anteriores párrafos, es a la cual el presente estudio en mayor medida se adhiere, sin que esta sea absoluta e irrefutable.¹¹⁰ Lo cierto es que al introducir la proporcionalidad en el sistema universal de patentes, se diluye la discusión sobre un justificativo absoluto (ninguno ha probado ser irrefutable) al respecto.

Lo que se debe buscar es que el mercado global asegure generosamente las inversiones en investigación y desarrollo, aún para el caso de invenciones de menor implicación económica, lo cual será viable únicamente si la explotación exclusiva que la humanidad otorga al titular de una patente, es concedida proporcionalmente por los distintos Estados. Esto hará que la humanidad pueda en mayor medida ser generosa con los inventores.

El que el Acuerdo ADPIC determine una duración uniforme para todos los países miembros ha sido arduamente criticado desde análisis económicos, desde un sinnúmero de perspectivas.¹¹¹ No cabe analizarlas mayormente, ya que el presente trabajo no busca establecer

¹¹⁰ Entre otras concepciones vale destacar, por ejemplo, la teoría del incentivo (muy similar a la teoría de la recompensa) en la que la protección es un mecanismo para atraer esfuerzos y recursos al desarrollo de los inventos; la teoría de la recuperación, que se basa en que el inventor recupere lo que invirtió para desarrollar el invento; y la teoría del conocimiento público difundido, en la que la protección persigue la difusión de los inventos, de tal forma que la sociedad se beneficie en su conjunto de los conocimientos. De su simple enunciación se desprende que las teorías antes referidas resultan muy subjetivas. Sea como fuere, la teoría de la recompensa va más allá de la teoría de la recuperación, que basa su fundamento en que el inventor recupere lo que invirtió para desarrollar el invento. Es imposible determinar de forma genérica y a priori, sin tomar en consideración aspectos particulares como el mercado o el ámbito tecnológico de la invención, el periodo óptimo que asegurará la recuperación de la inversión utilizada en desarrollar los inventos. Al descartar la teoría de la recuperación, se puede prescindir de estudios concluyentes (que no existen) sobre la duración óptima de la exclusividad concedida a una invención. Lo óptimo será conceder un periodo que no sólo asegure la recuperación de la inversión, sino un valor adicional por concepto de recompensa. No es necesario escatimar en los incentivos que la humanidad toda quiera dar a quienes invierten en investigación y desarrollo, si cada quien aporta según su capacidad.

¹¹¹ Correa sustentado en Frischtak nos dice: "Se ha realizado muy pocos estudios económicos en este tema. Los análisis efectuados hasta ahora que examinan la economía de bienestar de la protección de patentes en el contexto Norte-Sur no sugieren que un sistema uniforme aumentaría

un punto de equilibrio o la duración óptima de una patente de invención; de eso se encargará la proporcionalidad (será más fácil obtener conclusiones económicas certeras si el “monopolio patentario” lo sufren proporcionalmente los distintos pueblos).¹¹²

No obstante lo anterior, cabe traer a colación el estudio del economista Alan Deardorff, cuyas conclusiones encuentran sintonía con lo que el presente estudio propone.¹¹³ Este economista, al realizar un análisis económico del derecho de patentes concluye que la protección patentaria extendida a ciertos países en vías de desarrollo, en virtud del daño que podría causarles y en virtud de sus pequeños mercados (su poca aportación), es incoherente e innecesaria, respectivamente. Manifiesta que el extender el sistema de patentes a algunos países en vías de desarrollo, por sus pequeños mercados e incipientes economías, no constituye un aporte económico significativo

Sin embargo de que las conclusiones principales de Deardorff son correctas, comete una equivocación mayúscula en cuanto a la solución propuesta.¹¹⁴ El sistema patentario se debe mantener para los países pobres, contrariamente a lo que manifiesta Deardorff, principalmente por que tienen aspiraciones de dejar de serlo.¹¹⁵ Deben aportar según su capacidad (él sostiene además, acertadamente, que el sistema actualmente concebido les perjudica), claro, pero no deben dejar de ser parte de la recompensa global. No sólo en virtud de que tienen la aspiración de dejar de ser pobres, sino también ya que será correcto que puedan beneficiarse

el bienestar global, salvo en el caso en el que el bienestar de todos los países se valore en forma equitativa y no existan temas de distribución. Agrega el mismo autor que las iniciativas de armonización suponen que una mayor uniformidad con base en los parámetros de protección inspirados por los países más avanzados sería deseable, al “hacer que todos los países estén mejor y que ninguno este peor luego de una redistribución adecuada de ingresos y recursos”. No obstante, esto en si es cuestionable. Aun es necesario demostrar que los vínculos entre la protección de la propiedad intelectual y la innovación son de una escala tal que justifican tales esfuerzos de ingeniería social en nombre de la maximización del bienestar global”. (“Frischtak, 1995 p. 211.” Citado por (C. Correa, *Instrumentación del acuerdo...*, 118). De manera similar Kresalja sustentado en Thurow nos dice: “Desde esa perspectiva no puede dejarse de lado la posibilidad de que se determine internacionalmente algunos de los precios que deben pagarse por determinadas tecnologías, sobre todo aquellas que se encuentran ligadas a las necesidades humanas básicas”. “Thurow, L., “Needed: A new system of intellectual property rights” en *Harvard Business Review*, Set. Oct, 1997, 103.” Citado por (B. Kresalja, *El sistema de Patentes...*, 282).

¹¹² Cabe resaltar que incluso se sostienen que, ni aún desde punto de vista económico, la utilidad del régimen de Patentes no es concluyente. Al respecto cabe citar a Bernard Remiche y Hélène Desterbecq, quienes manifiestan sustentados en Abbott que “los más razonados estudios del sistema de patentes no han sido concluyentes con respecto a la utilidad social o económica de ese sistema”. Con soporte en una larga lista de autores que coinciden en este respecto sentencian, citando a Siebeck, Evenson, Lesser y Braga: “en general, la teoría económica ha generado más preguntas sobre las implicancias benéficas de la propiedad intelectual que las que a respondido”. Remiche y Desterbecq mencionan a Posner, Vernon, Hirsch, Thurow, Siebeck, Evenson, Lesser y Braga, entre otros, como tratadistas que comparten su criterio. Citas de “F.M. Abbott, *Protecting first World Assets in the third World: intellectual Property Negotiations in the GATT multilateral Framework*. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1989, p. 689-754”; y “W.E. Siebeck, R. Evenson, W. Lesser y C.A.P. Braga, *Strengthening Protection of intellectual Property in developing Countries, A Survey of Literature, Discussion Paper 112*, 1990, p. 69”. (B. Remiche y H. Desterbecq, *Las Patentes farmacéuticas...*, 249-250).

¹¹³ Alan Deardorff, *Welfare effects of global patent protection*, Mimeo, The University of Michigan, mayo 1991, pp. 35-51.

¹¹⁴ “Under specified circumstances is not optimal to extend patent protection to all countries of the world.” (A. Deardorff, *Welfare effects of global...*, 48).

¹¹⁵ “However, the case for universal patent protection is not a clear one, as my analysis demonstrates, and the concern of some developing countries that they will be exploited by patent protection are not without foundation.” (Alan Deardorff, *Welfare effects of global ...*, 36).

legítimamente (al haber aportado según su capacidad) del progreso tecnológico.¹¹⁶ Ni desde el punto de vista conceptual y peor aún desde el punto de vista geopolítico, será adecuado que el sistema de patentes se limite a los “países inventivos”.¹¹⁷ Siguiendo la aportación del economista antes citado, para un análisis concluyente a la hora de tasar la aportación de los Estados, se deberán tomar en consideración una multiplicidad de variables. Aún así, se identifican dos elementos preponderantes: la capacidad económica de los Estados y el tamaño de sus mercados.

Seguramente el límite temporal es el aspecto que en mayor medida se encuentra sujeto al arbitrio de las concepciones humanas. Resulta difícil cuantificar la retribución que la sociedad quiere o puede dar a los inventores por sus innegables aportes. Axiológicamente es imposible apreciar *a priori* si un determinado período de exclusividad resulta justo *per se*, sin embargo de que sí es posible evidenciar si deja de serlo (al igual que en el marco del Derecho constitucional no se pueden determinar la constitucionalidad de una ley, sino su inconstitucionalidad a la luz de determinados hechos). Es así que los períodos de protección deberán ser los mayores posibles, teniendo como límite cualquier evidencia de reducción del bienestar general de manera alguna (en ese momento se tornaría injusto), lo cual será más palpable aún en aplicación del principio de proporcionalidad. La proporcionalidad también aportará en el esfuerzo por determinar un período óptimo de protección.

El aspecto a modificar para lograr un sistema universal, homologado, que procure eliminar las distorsiones del mercado, que promueva la inversión en investigación y desarrollo, que promueva la transferencia de tecnología, y que logre una aplicación eficaz de la normativa establecida para el efecto, es la duración de los derecho que una patente concede. Para el efecto se debe introducir un elemento clave que en su momento fue dejado de lado, pero no por eso debe ser olvidado: la proporcionalidad. Se deben reconocer las evidentes diferencias

¹¹⁶ “Thus, a case can be made, in terms of world welfare, for limiting the coverage of a patent protection to less than the entire world [...] I will then show the extending protection to the other countries is very likely to be harmful to them, in spite of the fact that they will be benefit from increased inventive activity.” (A. Deardorff, *Welfare effects of global...*, 36).

¹¹⁷ Deardorff identifica a los países desarrollados como “países inventivos” (“Inventing countries”, denominación común entre los tratadistas ingleses. Sin ser una traducción exacta, captura la esencia de lo expresado por Deardorff). (A. Deardorff, *Welfare effects of global...*, 36).

económicas que existen entre los distintos Estados y aplicar el plazo de duración de la patente en virtud de aquello.

Por el momento es todo cuanto se adelanta respecto del aspecto axiológico del Acuerdo ADPIC, recordando que lo anterior constituye la propuesta esencial de este documento. En el siguiente sub-capítulo se identificarán otras posibles correcciones menores, que en aplicación de esta corrección principal, podrían caber en una eventual nueva construcción. Cabe dejar sentado que, hoy por hoy, la duración de la protección “conferida por una patente no expirará antes de que haya transcurrido un período de 20 años contados desde la fecha de presentación de la solicitud” (artículo 33 del Acuerdo ADPIC), sin miramientos a la capacidad económica de los Estado, pudiendo los distintos miembros, claro está, conceder un período de protección mayor. Sin dudas, tal como se desprende del análisis que este sub-capítulo plantea, este es el aspecto a corregir, para lograr un régimen de protección de las invenciones más justo, lo cual, como se lo verá en el sub-capítulo referente a la eficacia del Acuerdo ADPIC, coadyuvará en los esfuerzos por conseguir un reconocimiento efectivo a los derechos de propiedad intelectual.

2.3. Normas sustantivas.

Como ya se lo adelantó en las primeras líneas de este capítulo, la normativa adjetiva o no sustantiva (por facilidad del análisis, siguiendo a Baldo Kresalja, se divide el estudio de las normas que procuran la eficacia normativa en normas adjetivas y no sustantivas, tal como se lo explica en el capítulo correspondiente) que se encuentra vigente será analizada al examinar la eficacia normativa. Por tanto el presente subcapítulo está dedicado al análisis de la normativa sustantiva que el Acuerdo ADPIC contempla, salvo menciones concretas a aspectos adjetivos, en particular cuando se aborden las patentes de procedimiento.

En este segmento se tomarán en consideración las conclusiones que respecto del aspecto axiológico fueron planteadas en el sub-capítulo anterior. A medida que avance el análisis de las normas sustantivas, se identificará algunos otros aspectos relacionados con la justicia de la norma, siempre en concordancia con la propuesta central del presente estudio (introducción de

la proporcionalidad en cuanto a la duración que concede una patente) y demás propuestas secundarias que se han planteado.

Sin embargo de que el tema central del presente estudio es el régimen por el cual se protegen las invenciones, sobre el cual en breve se amplía (en este respecto la homologación que consigue el Acuerdo ADPIC es seguramente mayor que en cualquier otra área¹¹⁸), cabe una referencia breve al nivel de homologación de las demás áreas de la propiedad intelectual que el Acuerdo ADPIC regula, y aquellas áreas que deja de lado. Al referirse al Acuerdo ADPIC, en cuanto a la propiedad intelectual en general, Geller manifiesta que “éste trata de reglobalizar el régimen internacional en varios sentidos: ser vinculante para la mayoría de países, abarcar gran parte del área de la propiedad intelectual, e imponer sanciones por incumplimiento de sus cláusulas”; pero tiene sus reparos: “los calificativos ‘mayoría’ de países y ‘gran parte’ del área revelan, sin embargo, el incompleto éxito de la iniciativa”, y propone corregirlo.¹¹⁹ Esta reflexión la realizó hace más de una década, por lo que lo relativo al incompleto éxito en cuanto al número de países en que el Acuerdo ADPIC es vinculante, el tiempo se encargó o se encargará inequívocamente de corregir. En cuanto a las áreas de la propiedad intelectual que regula, su comentario sigue estando vigente, aún cuando no es un criterio necesariamente compartido por todos.¹²⁰

Es claro que hay varios aspectos que quedan a la libre legislación de los Estados. Tal como lo manifiesta Correa, “las regulaciones nacionales o regionales tienen margen para determinar –y diferir entre sí-, *inter alia*, respecto del alcance del principio del agotamiento de derechos y las importaciones paralelas; ellas pueden limitar la patentabilidad de algunas áreas biológicas; determinar el sistema de protección para variedades de plantas, disponer las licencias obligatorias de patentes y otros derechos; y especificar el grado de protección en varios

¹¹⁸ “La legislación de patentes ha sido una de las áreas en la que los cambios legislativos fueron más significativos y de mayor alcance. En muchos países, significó una revisión completa de las leyes preexistentes. Los cambios referentes a patentabilidad, alcance de los derechos de exclusividad, licencias obligatorias y duración de la protección son de particular importancia y ejemplifican el grado y alcance de la reforma en curso.” (C. Correa, *Instrumentación del acuerdo...*,108).

¹¹⁹ Paul Edward Geller, *La propiedad intelectual en el mercado mundial: impacto del sistema de solución de controversias del ADPIC*, en *Temas de derecho industrial y de la competencia* Vol. I, Propiedad Intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997 p. 178.

¹²⁰ “El proceso de internacionalización de la propiedad intelectual se aprecia tanto en los sectores que tradicionalmente integraban este derecho –marcas patentes o derechos de autor, por citar sólo los más relevantes- como en los nuevos sectores que han surgido en los últimos años- semiconductores o ‘software’.” Alberto Casado Cerviño y Begoña Cerro Prada, *Orígenes y alcances del acuerdo TRIPS. Incidencia en el derecho español*, en *Temas de derecho industrial y de la competencia*, vol. I, Propiedad Intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997, p. 74.

aspectos con respecto a los derechos de autor, marcas e indicaciones geográficas, y particularmente en relación con diseños industriales y los secretos comerciales.” (C. Correa, *Instrumentación del acuerdo...*,126).

Correa, en sentido contrario a lo expuesto por Thurow, manifiesta que la existencia de aspectos no homologados responde a que “el espacio para una mayor armonización regional o internacional es probablemente muy limitada, dadas las diferencias básicas de concepción, y la necesidad de adaptar los sistemas nacionales a circunstancias particulares, incluyendo valores culturales y niveles de desarrollo económico y tecnológico.” (C. Correa, *Instrumentación del acuerdo...*,127). El tratadista antes citado concluye manifestando que hay ciertas áreas en que la armonización “no es posible o no es deseable”. (C. Correa, *Instrumentación del acuerdo...*,119).¹²¹ En el ámbito de los derechos de autor o Copyright, por ejemplo, será muy difícil acercar las concepciones anglosajona y latina o de derecho continental.¹²² Si bien hay acierto en lo expresado por Correa, el objetivo a futuro deberá ser, lo cual guarda concordancia con varios de los principios y objetivos que fueron referidos en el análisis axiológico de la norma, propender a la mayor homologación posible, siempre y cuando el principio de proporcionalidad sea parte del sistema. Evidentemente existe aún espacio para una mayor armonización.

El Acuerdo ADPIC regula “los derechos enumerados expresamente, lo que le da una cierta rigidez, que ha sido criticada por algunos que hubieran preferido que cubriera no sólo a todos los derechos comprendidos bajo la denominación propiedad intelectual, sino a aquellos no mencionados específicamente”.¹²³ Resulta insuficiente que el Acuerdo ADPIC no aborde temas referentes, por ejemplo, a los modelos de utilidad, a las emisiones por satélite o cable, o a las

¹²¹ “Para muchos países latinoamericanos, empero, el Acuerdo TRIPs contiene los estándares mínimos de protección, y también el límite máximo que están preparados aceptar”. (C. Correa, *Instrumentación del acuerdo...*, 118). Esta reflexión no es sólo aplicable a los países Latinoamericanos, sino también a todos aquellos en vía de desarrollo y en ciertos aspectos es también aplicable a los países desarrollados.

¹²² “El Acuerdo TRIPs no define el concepto de ‘autor’, con respecto al cual existen notables diferencias ya sea que se aplique la concepción ‘latina’ o angloamericana. Mientras que la filosofía general del copyright en el mundo del ‘common law’ consiste en proteger las inversiones del tiempo, esfuerzo y capital en la producción de obras de autoría, sea que las inversiones sean de autores individuales o de identidades corporativas. En el caso de las jurisdicciones donde se aplica la concepción de los ‘derechos de autor’ la institución de la propiedad artística y literaria se justifica en términos títulos inherentes del autor.” (C. Correa, *Instrumentación del acuerdo...*,119).

¹²³ Kresalja menciona a Simon como quien ha criticado con fundamento el tema. “Simon, E., *GATT and NAFTA Provisions on Intellectual Property*, *Frdham Intellectual Property*, Media 8 Entertainment Law Journal, Vol. 4, 1993, p. 276 y ss.” Citado por (B. Kresalja, *El sistema de patentes...*, 211-212).

autopistas de información, a la descompilación, a la ingeniería a la inversa, por citar algunos.¹²⁴

Esto sin duda deberá ser revisado en los próximos años, para lograr que el acuerdo global que rige la materia comprenda todos los ámbitos de la propiedad intelectual, en la medida de lo posible y, claro está, mediante instituciones justas.

Hay también aspectos que el Acuerdo ADPIC regula de manera insuficiente. Con el apareamiento de la nanotecnología y de los micro chips surgió la necesidad de una protección específica distinta del ámbito de las patentes y de los derechos de autor. El Acuerdo ADPIC contempla esta protección, bajo la denominación “esquemas de trazado o topografías de circuitos integrados”, pero un mayor desarrollo en este sentido es necesario. Hay regulaciones sobre competencia desleal, pero que no incluye la protección de secretos comerciales.¹²⁵ Un acuerdo global amplio demanda que estos y otros temas sean contemplados de manera suficiente, caso contrario la apreciación de Thurow respecto del incompleto éxito del Acuerdo ADPIC seguirá vigente. Sin embargo, en la segunda década de vigencia del Acuerdo, estos acuerdos necesarios para una mayor homologación parecen difíciles de alcanzar. El concurso de voluntades requeridas para tratar estos y otros temas, sólo se logrará en aplicación de principios que doten de renovada justicia al Acuerdo. Cualquier intento anterior será infructuoso, como se ha podido constatar en los últimos años.

Entrando en materia de patentes de invención, cabe manifestar que, a diferencia de lo que sucedió en un pasado cercano, en que con respecto de lo que se entiende por patente se crearon las más dispares concepciones, en la actualidad, los aspectos básicos de las patentes son

¹²⁴ “Ello podrá sustentarse, como ha ocurrido ya en algunos países desarrollados, en la convicción que el sistema de patentes, tal como está hoy diseñado, no protege suficientemente la invención nacional, en virtud de que en su actual estado de desarrollo sólo puede, en escasísimas ocasiones, acceder a una patente a nivel internacional.” José Antonio Gómez Segade, *Hacia un modelo de utilidad europeo*, en Actas de derecho industrial, t. XV, Madrid, 1994, p. 26. Este autor propone que en ciertos casos se proteja la inventiva, además de mediante Patentes, por modelos de utilidad (art. 2 del París), Patentes de segunda categoría (petty patents), certificados de utilidad (certificat d'utilité), Patentes de corta duración (short-term patents) u otros esquemas (cualquier *nomen iuris* que se escoja), que sean sencillo rápidos y económica su concesión.

¹²⁵ Se debe dejar sentado que este tipo de normas no otorgan exclusividad de utilización del secreto, sino que pone a disposición de la administración interna herramientas necesarias para un más férrea protección a un determinado concepto al que la propia empresa ha autocalificado como secreto. No es concebible la exclusividad ya que no existe divulgación, fundamento esencial que justifica la existencia de la exclusividad que otorga la concesión de una Patente de Invención, por ejemplo. En lo relativo a la protección a los secretos empresariales, se los puede definir como “todo conocimiento sobre productos o procedimientos industriales, cuyo mantenimiento en reserva proporciona a su poseedor una mejora, avance o ventaja competitiva”. (Ley de Propiedad Industrial Chilena, Ley N° 19.996, publicada en el Diario Oficial de esa nación en marzo del 2005, que modificó la Ley N° 19.039 sobre Propiedad Industrial). En los sistemas de corriente jurídica anglosajona, suelen estar presentes regulaciones al respecto. “En el derecho británico se considera que los secretos comerciales constituyen una forma de ‘propiedad’, si bien el término no siempre es utilizado en su ‘estricto significado’ sino en un sentido descriptivo (Coleman, 1992, p.8). En Estados Unidos se han desarrollado diferentes teorías jurídicas con respecto a los secretos comerciales. Si bien cierta jurisprudencia indicó que la protección esta esencialmente vinculada con la apropiación de información por medios inadecuados (‘Equitable and contractual confidential relationship theories’), la Corte Suprema sostuvo con firmeza una teoría sobre ‘derechos de propiedad’ en *Ruckelhaus vs. Monsanto* en 1984 (467 US 986, 104S Ct 2862, 81 L Ed 2d 815) (Sheridan, 1995).” C. Correa, *Instrumentación del acuerdo...*, 125).

comunes a la humanidad toda, lo cual no es poca cosa.¹²⁶ Una vez sentada esta reflexión, al abordar las normas sustantivas relativas a las patentes de invención, hay que recordar que hay ciertos aspectos que han sido homologados a nivel global a través del Acuerdo ADPIC, y otros que no. Así, el análisis propuesto abordará en primer lugar las normas sustantivas que constituyen parámetros de obligatorio cumplimiento para los países signatarios, que estructuran el corazón de la patente de invención a nivel mundial (aspectos homologados), para luego analizar las posibles excepciones a estos parámetros así como los aspectos que quedan a la libre determinación de los Estados.

Antes de entrar en el análisis propuesto, cabe anotar dos reflexiones adicionales, que serán desarrolladas a medida que se examina la normativa en cuestión. En términos de trascendencia o relevancia, los aspectos homologados superan por mucho a aquellos que no lo están, tomando como parámetro para esta conclusión el todo de la institución jurídica conocida como patente de invención.¹²⁷ Por su parte, se debe tomar en cuenta que hay tanto intenciones para reforzar el núcleo uniforme de la patente de invención (generalmente provenientes de los países desarrollados), como intenciones las hay para extender el ámbito de las excepciones y aumentar aspectos que quedan al libre criterio de los Estados (generalmente, también, provenientes de los países en desarrollo). Estos puntos de vista aparentemente irreconciliables, no necesariamente lo serán de mediar la introducción de la proporcionalidad en el plazo de exclusividad; claro que esta reforma en sí dará pie a nuevas discrepancias, pero por tratarse de una modificación con profundo sustento axiológico, eventualmente deberá imponerse.

2.3.1. Parámetros de obligatorio cumplimiento. El corazón de la patente de invención.

De manera general se puede decir que los parámetros mínimos establecidos en el Convenio, con la posibilidad de establecer ciertas excepciones, claro está, constituyen la normativa global estándar que rige a la humanidad toda. Así, al abordar los aspectos homologados a nivel universal (el corazón de las patentes de invención), con las reservas a que

¹²⁶ “Vemos, pues, que en este futuro sistema pierden actualidad las discusiones tradicionales sobre temas tales como la explotación nacional del invento, la novedad nacional.” (B. Kresalja, *El sistema de patentes...*, 279).

¹²⁷ Como ya se lo anotó en la introducción, el concepto de institución jurídica se entiende como el conjunto de normas que dan vida a un concepto jurídico abstracto.

hay lugar, se analizarán las normas sustantivas que como mínimo deben establecer los Estados signatarios (igual reflexión cabe para las normas adjetivas y no sustantivas), que estando presentes universalmente, por lo general y en lo esencial, no difieren de un país a otro.

Como ya quedó establecido, las normas contenidas en el Acuerdo ADPIC internacionalizan los estándares de protección al mínimo establecido en el Acuerdo. En cuanto a las patentes de invención, como se verá a medida que el análisis avance, los parámetros mínimos que establece el Acuerdo resultan difíciles de superar, ya sea en virtud de que conceptualmente no existe tal posibilidad, o ya sea en virtud de elementos prácticos.

Se adelantan también, al analizar uno por uno estos aspectos, reflexiones sobre las potenciales ventajas que traerá consigo la introducción del hipotético sistema que este trabajo propone, relativo a la duración diferenciada del derecho concedido por una patente en aplicación del principio de proporcionalidad. En relación a la protección de las invenciones, el Acuerdo ADPIC es altamente armonizador.¹²⁸ Establece asuntos tan esenciales como la concepción misma de la patente de invención, implícitamente al menos, la materia patentable, la duración del derecho de patente, etc.¹²⁹

Cabe analizar uno por uno los aspectos sustantivos homologados del régimen sobre la protección de las invenciones que el Acuerdo ADPIC introdujo y las consecuencias que de su aplicación se derivan. Para empezar, el Acuerdo ADPIC establece como principio, que no admite excepción, que las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones ya sean éstas de producto o de procedimiento.¹³⁰ Esta norma no constituye un parámetro mínimo, sino un principio que todos los signatarios deben incluir en sus legislaciones. Es una regla uniforme que se aplicará a todos los países por igual que configura lo que se entiende por invención. Es un concepto amplio de materia patentable, lo cual será positivo siempre y cuando en el sistema

¹²⁸ “La iniciativa de tratar la protección intelectual en el GATT, incluyendo aspectos como la definición de la materia protegida, duración de la protección, alcance de los derechos de exclusividad, etc., se ha tomado, con la adopción del Acuerdo de los Aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual vinculados al Comercio (“TRIPs”), en un instrumento fundamental para alcanzar un nivel de armonización sin precedentes.” (C. Correa, *Instrumentación del acuerdo...*, 100).

¹²⁹ “En primer lugar, las normas y estándares de patentamiento (y de otras formas de DPI) se aplicarían casi uniformemente en todos los países. Esto, en otras palabras implica que se lograrían una armonización aproximada de los estándares de patentamiento.” (Biswajit Dhar y C. Niranján Rao, *La vinculación de los...*, 146).

¹³⁰ Una patente de procedimiento consiste en la protección otorgada en favor de una invención sobre un conjunto de pasos conducentes a la obtención de un producto, y no sobre el producto en sí. De esta distinción se desprende que los derechos que una patente otorga a su titular varían según el tipo de patente de que trate.

actualmente concebido, especialmente en cuanto a la duración del derecho de exclusiva se refiere, se introduzcan elementos de justicia básica.

Respecto de las patentes de procedimiento, muchos autores han destacado el efecto negativo que este concepto amplio de materia patentable ha producido, no tanto por el hecho de incluir a los procedimientos como materia patentable, sino por las disposiciones adjetivas que rigen a este tipo de patente.¹³¹ El Acuerdo ADPIC, emulando normativa que fuera establecida en el TLCAN, establece un sistema de protección de las patentes de procedimientos que ha dado lugar a que en la práctica esta protección se extienda al producto obtenido por el procedimiento.¹³²

Estos abusos se pueden producir en virtud de una presunción *iuris tantum* constante en el Acuerdo (aplicable en ciertas circunstancias que el propio Acuerdo enumera), por la cual se entiende que todo producto en el mercado que sea idéntico al resultado de aplicar el procedimiento patentado, se lo produjo utilizando dicho procedimiento. Es pertinente recordar que desde el punto de vista del Derecho en general, las presunciones deben ser manejadas como excepción, cuando la protección de un determinado derecho lo merezca y esta sea la única forma de asegurarlo.

La presunción antes referida sumada al eficaz método de medidas cautelares que el Acuerdo ADPIC prevé (un elemento adjetivo que para otras circunstancias resulta positivo), a dado pie a que ciertamente algunos titulares de una patente de procedimiento hayan excluido del mercado a productos que no infringen su patente. Estos casos son excepcionales, constituyen competencia desleal, obviamente, y la normativa del Acuerdo ADPIC prevé soluciones y seguridades para evitar que ocurran. Aún así, esto deberá ser examinado. Más aún si un sistema que modifique la duración del “monopolio patentario” en virtud de la capacidad económica de los distintos Estados es introducido, como en este documento se plantea. En el hipotético sistema que este documento propugna, más equitativo en cuanto a la medida de la

¹³¹ Esta referencia a las patentes de procedimiento trata de normas adjetivas contenidas en el Acuerdo ADPIC; se la trae a colación en esta sección referida a las normas sustantivas, ya que las normas adjetivas aplicables a estas condicionan su contenido.

¹³² TLCAN: El “Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, que entró en vigencia el primero de enero de 1994, suscrito por Estados Unidos., México y Canadá; conocido también como NAFTA por sus siglas en inglés: *The North American Free Trade Agreement*.

retribución que la humanidad toda otorga a los inventores, el interés por corregir este tipo de circunstancias será mayor, ya que la afectación que conllevan estas distorsiones se sentirán en igual proporción por todos los habitantes de la tierra, en relación a la capacidad económica de los distintos pueblos.

Siguiendo el análisis planteado, cabe referirse al principio por el cual se concederán patentes a todas las invenciones en todos los campos de la tecnología, lo cual incluye las invenciones relativas a fármacos y entidades químicas. Sobre esta regla el régimen del Acuerdo ADPIC prevé la posibilidad de que se planteen ciertas excepciones, las cuales son analizadas en breve, no obstante de lo cual el principio como tal no admite la posibilidad de concesión de ventaja adicional alguna. Es también una regla de aplicación uniforme y global sobre la materia patentable.

Con la introducción de esta norma se amplió a escala global el ámbito de protección de las invenciones; el patentamiento de fármacos no siempre estuvo admitido por su inequívoca vinculación con el sensible tema de la salud pública.¹³³ Correa califica esto “como una de las concesiones principales que han efectuado los países en desarrollo en materia del TRIPs.” (C. Correa, *Acuerdo TRIP´s...*, 131).

El principio antes referido no es *per se* negativo. Es lógicamente un elemento positivo a la hora de buscar disminuyan las distorsiones del mercado al mínimo posible y al procurar mayor investigación y desarrollo en ámbitos que efectivamente lo requieren. Este principio deberá estar acompañado de elementos de justicia en las demás determinaciones esenciales de lo que comprende una patente de invención (especialmente en cuanto a su plazo de protección se refiere), para evitar que se constituya en un aspecto nocivo para la humanidad, especialmente para los más pobres.

En aplicación del sistema actualmente concebido, muchos pueblos han visto (en el caso de los pueblos de los países que están por ser aceptados como Miembros de la OMC verán)

¹³³ “De hecho, hasta fines de los años ochenta los productos farmacéuticos estaban muy frecuentemente excluidos de la protección por patente en los países en desarrollo. Estos últimos justificaban su posición en la preocupación por evitar restricciones en la oferta de productos esenciales, y hasta en consideraciones éticas. [...] muchos países industrializados habían introducido la patente de medicamentos en su legislación recién a partir del momento en que su industria había alcanzado un cierto grado de desarrollo; por ejemplo, el Reino Unido, en 1949; Francia, en 1960; Alemania, en 1968; Japón, en 1976; Suiza, en 1977; Italia y Suecia, en 1978. (Valga agregar que España y Grecia solo otorgan patentes desde 1992).” (B. Remiche y H. Desterbecq, *Las patentes farmacéuticas...*, 262-263).

disminuir su acceso a medicamentos esenciales. Lo anterior se da ya que sus gobiernos han ingresado a la OMC urgidos por lograr exportar sus productos, y el Acuerdo ADPIC les fue o inequívocamente les será aplicado.¹³⁴ Qué sentido tiene para los países en desarrollo apoyar la investigación de nuevas tecnologías, concediendo patentes de invención, si a la postre no podrán beneficiarse de manera plena de éstas. Nuevamente, el apoyo a la investigación y desarrollo de nuevas tecnologías (cuantificado en años de protección), que a la larga beneficia a la humanidad toda, debería plantearse en relación a la capacidad económica de los Estados.

Por otra parte el Acuerdo ADPIC determina la no discriminación en cuanto al lugar de la invención, lo cual deviene de los principios de trato nacional y nación más favorecida. Determina además la no discriminación, en cuanto al ejercicio de los derechos del titular de la patente se refiere, del hecho de que los productos sean importados o producidos en el país donde se concede la patente.¹³⁵ Estos principios no permiten tampoco establecer ventaja adicional alguna por parte de los signatarios, siendo también un precepto homologado a nivel mundial respecto del cual no se puede legislar en contrario al interior de los países. Esta disposición sin duda configura el núcleo duro de las patentes de invención a nivel mundial.¹³⁶

Hay quienes encuentran a este principio pernicioso. Como expone el tratadista Kresalja, “esta disposición del artículo 27.1 tiene el propósito de diluir la obligación de explotar la invención patentada, que fuera uno de los pilares tradicionales del sistema de patentes, y que fue históricamente uno de los motivos para justificar la concesión de las mismas en países en desarrollo, en el entendido que así se creaba una vía para la promoción de las inversiones y la transferencia de tecnología”. (B. Kresalja, *El sistema de patentes...*, 226). La consecuencia de la aplicación de esta disposición es contraria al propósito de transferencia de tecnología, hasta

¹³⁴ “Miles de personas resultaron de hecho condenadas a muerte, porque los Gobiernos y los ciudadanos de los países subdesarrollados ya no podrían pagar los elevados precios ahora impuestos. [...] el problema subyacente –el hecho de que el régimen de propiedad intelectual establecido en la Ronda de Uruguay no era equilibrado y reflejaba sobre todo los intereses y perspectivas de los productores y no de los usuarios, en los países desarrollados o en desarrollo- sigue en pie.” Joseph E. Stiglitz, *el Malestar en la Globalización*, Buenos Aires, Taurus, 2002, p. 35.

¹³⁵ “¿no se ha ‘pervertido’ el sistema de patentes transformando la obligación de explotar en el derecho a importar de manera monopólica? ¿y no es acaso este efecto perverso el que hace que el sistema resulte inoperante en los países en desarrollo? ¿Cuál es la compensación real para estos países de una patente otorgada a un extranjero cuando esa patente no se explota localmente?” (B. Remiche y H. Desterbecq, *Las patentes farmacéuticas...*, 257).

¹³⁶ Al decir de Carlos Correa, este punto fue uno de los temas más discutidos en las negociaciones de la Ronda de Uruguay, ya que afecta la transferencia de tecnología. Carlos Correa, *Acuerdo TRIP's – Régimen Internacional de la Propiedad Intelectual*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

el momento meramente declarativo, constante entre los objetivos de Acuerdo ADPIC;¹³⁷ claro está que es concordante a la liberación comercial que la OMC promueve. El presente documento sostiene que estos dos objetivos o principios (la transferencia de tecnología y el libre comercio internacional), en aplicación de la propuesta que este estudio contiene, pueden dejar de estar en contraposición e inclusive complementarse mutuamente.¹³⁸

De manera general, a los principios por los cuales se debe conceder protección para todas las invenciones sean de productos o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la creación o el hecho de que los productos sean importados, debe añadirse el principio de proporcionalidad.

Siguiendo con el análisis planteado, el Acuerdo ADPIC establece que se concederán a las invenciones la protección de una patente, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial, estableciendo así los tres requisitos de patentabilidad de una invención. Esto significó el acercar los criterios básicos sobre el asunto, que ya estaban contemplados en la mayoría de legislaciones a nivel mundial.¹³⁹

La novedad de una invención consiste en que sea original, es decir que no exista un antecedente previo en el estado de la técnica, entendiéndose como estado de la técnica todo aquel conocimiento que haya sido accesible al público por cualquier medio.¹⁴⁰ Como se puede ver el concepto de novedad está estrechamente ligado al concepto de estado de la técnica, prácticamente confundiendo y fundiéndose. En cuanto al estado de la técnica es importante mencionar lo que se conoce doctrinariamente como el alcance universal de la novedad, principio este último ligado al concepto de novedad absoluta, que parte de la idea cierta de que

¹³⁷ “Elegidas ciertas localizaciones de producción, su estrategia es la de procurar abastecer el mercado mundial bajo los derechos exclusivos que las patentes otorgan, mediante la exportación de los productos terminados o semiterminados, antes que mediante la transferencia de tecnología o la inversión extranjera.” (C. Correa, *acuerdo TRIP’s...*, 136). No obstante que en principio la norma parece ser clara, Remiche y Desterbecq sostienen que en virtud de la aplicación del Convenio de París, cuya vigencia reconoce el Acuerdo ADPIC, las distintas legislaciones pueden no sólo incluir la obligación de explotación de la patente –que al Acuerdo ADPIC no incluye como las condiciones impuestas al titular de la patente–, sino que incluso se pueden establecer una obligación de explotar localmente; esto seguro es discutible. (B. Remiche y H. Desterbecq, *Las patentes farmacéuticas...*, 298-300).

¹³⁸ Vid 2.2. Aspectos axiológicos (Justicia); 2.2.2. Objetivos del sistema de protección de las invenciones.

¹³⁹ Por ejemplo, la normativa andina estableció estos tres requisitos de patentabilidad desde siempre. La actual Decisión 486 en su Artículo 14, siguiendo la línea generalmente aceptada a nivel mundial, establece que las invenciones, sean éstas de productos o procedimientos, podrán ser patentadas “siempre que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial”.

¹⁴⁰ Estos son parámetros básicos sobre los cuales no hay mayor variación conceptual de una legislación a otra. Por ejemplo la Decisión 486 de la CAN, determina que una invención es nueva cuando “no está comprendida en el estado de la técnica” (Artículo 16, párrafo primero de la Decisión 486), entendiéndose por “estado de la técnica” “todo lo que haya sido accesible al público, por una descripción escrita u oral, por una utilización o cualquier otro medio antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida” (Artículo 16, párrafo segundo de la decisión 486). Se entenderá que la información contenida en “una solicitud de patente en trámite”, “cuya fecha de presentación o de prioridad fuese anterior a la fecha de presentación o de prioridad de la solicitud de patente que se estuviese examinando” (Artículo 16, párrafo tercero.), estará comprendida en el estado de la técnica.

el conocimiento, en virtud de los actuales mecanismos de comunicación, es universal.¹⁴¹ Lo anterior no sólo es el principio universalmente aceptado que rige el concepto de novedad, sino que constituye el evidente fundamento para que la legislación que rige la propiedad intelectual sea universal.

Por otra parte, se entiende como actividad inventiva que la invención no se derive de manera evidente de conocimientos anteriores, es decir que el resultado de una invención no sea obvio para un experto en una materia determinada, tomando en cuenta el estado de la técnica, concepto previamente analizado. Tal como lo determina el Acuerdo ADPIC, todo miembro podrá considerar que la expresión “actividad inventiva” es sinónimo de “no evidentes”, cuyas concepciones encierran un mismo propósito.¹⁴² La aplicación industrial, por su parte, está dada por la utilización práctica de la invención en el comercio o industria. Los requisitos de patentabilidad, como ya se mencionó anteriormente, son de casi universal aceptación y están presentes de manera uniforme en las regulaciones que al respecto se han creado a lo largo del tiempo, con ciertas diferencias, claro está, de un sistema jurídico a otro. Al aplicar estos criterios, se está implícitamente definiendo el objeto de la patente. Si una invención no es nueva, o se deriva de manera evidente de los conocimientos preexistentes, o no puede ser aplicada, simplemente no merece protección. Poco o nada se puede decir de este tema más allá de las notas explicativas que anteceden.

El Acuerdo ADPIC no constituye un régimen completamente nuevo, para su construcción se utilizó como base los anteriores acuerdos globales y el contenido de las legislaciones que al momento se habían dictado en los diversos Estados.¹⁴³ Así, establece como obligación

¹⁴¹ Así por ejemplo, lo ha manifestado el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena dentro del proceso 1-AI-96 (Proceso 1-AI-1996. Acción de incumplimiento interpuesta por la Junta del Acuerdo de Cartagena contra el Ecuador. De la Novedad Absoluta, pag.40), cuya parte pertinente cito a continuación: “En cuanto se refiere a la novedad el Tribunal lo ha prohijado como factor esencial y ha entendido que los criterios de novedad resultan del hecho que el producto por patentarse no este en el estado de la técnica, acogiendo el criterio de novedad absoluta consagrado por la mayoría de la doctrina. (...) El concepto de novedad absoluta de una invención implica que para que un invento sea nuevo y no se encuentre en el estado de la técnica, no puede haber sido concedido ni dentro del territorio en el que se solicita la patente, ni en ningún otro país”.

¹⁴² Otras legislaciones, como la Andina utilizan la expresión nivel inventivo, con un mismo significado. La Decisión 486, en su Artículo 18, manifiesta que tiene nivel inventivo una invención “si para una persona del oficio normalmente versada en la materia técnica correspondiente, esa invención no hubiese resultado obvia ni se hubiese derivado de manera evidente del estado de la técnica”.

¹⁴³ “Los negociadores del ADPIC no reinventaron la rueda con relación a esos niveles de protección, ellos lo constituyeron sobre el consenso que el régimen de Paris-Berna representa.” (P.E., Geller, *La propiedad intelectual en el...*, 182-183).

principal de los solicitantes de una Patente la divulgación del objeto de la invención, lo cual no es ninguna novedad, sin embargo de ser un principio fundamental.¹⁴⁴

El Acuerdo ADPIC es más prolijo que sus antecesores en determinar los derechos que una patente confiere. Determina en su artículo 28 las facultades que la titularidad de una patente encierra, por ejemplo el *ius prohibendi*; las facultades de disposición (mediante la cesión y licencia); se establece además, de manera implícita al menos, la facultad de explotación exclusiva de la invención. Estos son “parámetros mínimos” que efectivamente se podrán ampliar y reforzar, siempre que no infrinjan las disposiciones del acuerdo. Los derechos que una patente de invención confiere a su titular a nivel mundial son prácticamente los mismos en las distintas legislaciones, existiendo la posibilidad de que en algún caso se amplíen y refuercen (poco común, y aún cuando se presenta el caso, no son ventajas significativas, tomando como referencia para la comparación al *ius prohibendi*,¹⁴⁵ que es el derecho esencial que se otorga al titular de la patente). Cabe mencionar que respecto del ejercicio de los derechos conferidos los distintos miembros podrán establecer limitaciones, las cuales se analizan en breve, a condición de que no atenten de manera injustificable contra la explotación normal de la patente (aquellas limitaciones, la mayoría taxativamente referidas, se pueden establecer pero siempre en estricto apego a las condiciones que el propio Acuerdo prevé).

Por último en este análisis cabe referirse a un aspecto de enorme trascendencia en cuanto a la configuración del derecho conferido por una patente de invención: su duración. Como ya quedó anotado al analizar el aspecto axiológico de la norma, para lograr un sistema de

¹⁴⁴ “Se ha señalado que la palabra ‘patente’, como parte del derecho concedido bajo el nombre de ‘patente de invención’, se adoptó para indicar que la invención estaba siendo divulgada a la población y que el derecho de patente era una recompensa por dicha divulgación para, específicamente, hacer que la invención se tornara manifiesta para la población y no oculta. La filosofía básica que yacía tras el sistema de patentes era que el pueblo en general debía gozar los frutos de la invención, y este fue el objetivo que se mantuvo vigente al diseñar dicho sistema. [...] –la corte Suprema de los Estados Unidos expresó– Es indudablemente cierto que el monopolio limitado y temporario concedido a los inventores nunca se ideó para la exclusiva utilidad o beneficio de estos últimos; el beneficio de la población o comunidad en su totalidad fue otro objetivo y sin dudas el fundamental para que este monopolio se conceda y garantice. [...] Alrededor de un siglo después, la Corte Suprema nuevamente expresó similares conceptos al declarar que ‘es el interés público el elemento predominante en el sistema de patentes.’” (B. Dhar y C.N. Rao, *La vinculación de los derechos...*, 140). Como fundamento de lo anterior, refieren la siguiente publicación: “Drews, Gustav, *The Patent Right in the National Economy of the United States*, Central Book Co., New York, 1952.”

¹⁴⁵ Engloba las facultades o facetas negativas del derecho de patente, que, cabe mencionar, tiene mucha mayor amplitud que las facultades positivas, al punto de poder afirmar que constituyen el componente esencial del derecho sobre la patente. Esta faceta negativa, denominada *ius prohibendi*, “es la más importante ya que garantiza el pleno ejercicio del derecho exclusivo”. Carlos Fernández-Nóvoa, *Tratado sobre derecho de marcas*, Madrid, Mariscal Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001, pág. 61. “Ius prohibendi”, en el caso específico de una patente, es el derecho a oponerse al uso de la invención objeto de la patente. Mediante el ejercicio de las facultades negativas el titular de una patente puede impedir que terceros no autorizados produzcan industrialmente, importen o comercialicen el producto objeto de la patente o utilicen el procedimiento, según sea el caso. Lo anterior se conoce como derecho de exclusión, que en definitiva es la herramienta que efectiviza el derecho de exclusividad conferido al titular del registro. Las facultades positivas y negativas, derecho de exclusividad y derecho de exclusión, confluyen en muchas ocasiones, siendo parte esencial de un mismo derecho, como dos caras de una misma moneda.

protección justo, este es el aspecto a modificar con la introducción de la proporcionalidad en virtud de la capacidad económica de los Estados. El Acuerdo ADPIC establece que la duración de la protección conferida por una patente será por un período no menor a veinte años contados desde la fecha de la presentación de la solicitud.

Como se analizó en el primer capítulo para muchos países con la instrumentación del Acuerdo ADPIC el período de exclusividad se amplió.¹⁴⁶ Como escribía Carlos Correa al referirse a la suscripción del Acuerdo ADPIC: “Hasta el presente, la duración de los derechos de patentes no habían sido sometidos a estándar internacional alguno. Históricamente, la legislación de los países en vías de desarrollo (como fue el caso, por ejemplo, de anteriores regulaciones del Grupo Andino) han tendido a conferir períodos de protección menores que los países desarrollados [...] Esto ha cambiado en forma sustancial; los países latinoamericanos que reformaron su ley de patentes ya han adoptado el estándar mínimo del Acuerdo TRIPs, es decir, veinte años a partir de la fecha de solicitud.” (C. Correa, *Instrumentación del acuerdo...*, 113).

Por su parte, si bien el Acuerdo ADPIC en su artículo 1.1.2 permite a las legislaciones internas de cada país establecer una protección más amplia que la exigida por el Acuerdo, es muy difícil que esto suceda, al menos en cuanto a la duración de los derechos se refiere. Los principios del trato nacional y nación más favorecida destierran, en alguna medida, la concesión de ventajas por sobre el mínimo establecido en el convenio en cuanto a la duración de los derechos se refiere. En aplicación de estos principios, será una política errónea de cualquier gobierno el promocionar dentro de sus fronteras un plazo mayor de protección, ya que sus habitantes se verían afectados (por un “monopolio patentario” mayor), sin el consiguiente beneficio que conlleva que sus nacionales (aquellos que obtengan para sus inventos la protección jurídica de una patente en otro Estado signatario) gocen de tal mal mayor plazo de protección en otros países.

¹⁴⁶ “Históricamente, no ha habido consenso en cuanto a la duración de una patente. Este hecho ha sido reconocido por el Convenio de París, que da libertad a los miembros para decidir el período de protección que desean brindar en virtud de sus legislaciones nacionales. El acuerdo TRIPs procura alterar la duración de las patentes e introducir un lapso uniforme para todos los países y no la flexibilidad concedida por el Convenio de París.” (B. Dhar y C.N. Rao, *La vinculación de los derechos...*, 158).

Esta conclusión es lógica si se toma en consideración los intereses de cada nación de manera individual. No lo es si se considera que el Acuerdo ADPIC, al ser una normativa global, no debe ser un instrumento para concretar los intereses de cada Estado, sino un instrumento para lograr el bienestar de todos a quienes rige. Como fue referido, es justamente al superar esta concepción que el Acuerdo ADPIC se instituirá en una norma global vigente, justa y eficaz (una verdadera Ley universal), y la OMC se consolidará como un organismo de cohesión humana y no, como ha sucedido hasta el momento, en fuente de conflictividad social.

Tomando en cuenta las reservas que fueron anotadas, se puede colegir que la mayoría de estándares básicos de obligatorio cumplimiento que establece el Acuerdo ADPIC para las patentes, no son realmente mínimos sobre los cuales los Estados establecerán concesiones mayores, sino el sustrato de la norma estandarizada a nivel mundial. Como se pudo observar al analizar uno por uno estos aspectos, lo anterior se da ya sea porque no existe conceptualmente margen para un mayor grado de protección (en la mayoría de los casos) o por lo incoherente, desde el punto de vista de la competitividad de los Estados, que resultaría tal mayor protección por sobre los mínimos establecidos en el Acuerdo ADPIC (elemento práctico).

Actualmente, siguiendo la normativa que universalmente rige la materia, en términos generales, una patente de invención es la protección que por veinte años obligatoriamente deben conceder los distintos Estados a toda invención nueva, que entrañe actividad inventiva y sea susceptible de aplicación industrial, en todos los campos de la tecnología, sea ésta de producto o procedimiento, que confiere a su titular la facultad exclusiva de su explotación – considerando como tal la importación-, *ius prohibendi* sobre su objeto y la plena facultad de disposición sobre estos derechos, bajo la condición de que la divulgue.

2.3.2. Excepciones y aspectos que quedan al libre criterio de los Estados.

El presente trabajo sostiene que el corazón mismo a nivel mundial de la institución jurídica conocida como patente de invención ha sido delineado mediante la normativa comprendida dentro del Acuerdo ADPIC. Esto se lo ha sustentado a lo largo de este documento, reconociendo obviamente, la existencia de elementos que escapan a este corazón único a nivel

mundial. Claro que ciertos Estados, otros no, se acogen a las excepciones que les permite el Acuerdo y todos los Estados legislan con libertad en los asuntos que les es permitido, en uno y otro caso en estricto apego a los principios del trato nacional y de nación más favorecida.¹⁴⁷

Se debe reconocer que las posibles excepciones son varias y algunas de suma importancia. De los aspectos que quedan al libre criterio de los distintos Estados pueden devenir un sinnúmero de diferencias entre las legislaciones de enorme trascendencia. La implementación de los principios contenidos en el Acuerdo se traducirán en millones de normas independientes y dispares, cada una con implicaciones distintas, que al aplicarlas crearán miles de millones de actuaciones administrativas y judiciales alrededor del mundo; pero el núcleo central, el núcleo duro o corazón de las patentes de invención, permanecerá. El presente documento propone una modificación a ese núcleo duro, introduciendo el principio de *cada quien según su capacidad* en cuanto a la duración de la protección que una patente concede, lo cual, al dotar de justicia a la institución jurídica central, permitirá aglutinar una mayor cantidad de elementos que por ahora no son parte de su corazón.

Cabe una advertencia. No se debe perder de vista la propuesta central de aportar al contenido axiológico de la norma y su eficacia (al modificar el corazón universal de la patente de invención con un sistema diferenciado en cuanto al plazo de protección en virtud de la capacidad económica de los distintos Estados), so pretexto de estudiar los elementos que por ahora no son parte del núcleo duro universal. Aún así, se debe abordarlos, por ser parte del elemento de estudio del presente documento: las patentes de invención. Su necesaria mención ocupa un extenso contenido, sin que por esto el lector deba distraer su atención de la hipótesis propuesta.

Dicho esto y en virtud de que la extensión con que fue planificado este trabajo no lo permite, cabe referirse únicamente a los principales elementos no homologados a nivel mundial sobre el derecho de patentes que, en número al menos (no así en trascendencia o relevancia), superan ampliamente a los principios que constituyen su corazón. Se analizan temas tales como

¹⁴⁷ Las excepciones que según el Acuerdo ADPIC se pueden establecer en la legislación interna de los Estados y las regulaciones que con libertad pueden establecer los miembros, se entenderán rigen en ese territorio por igual para todos los nacionales de los demás Estados miembros, en virtud de los principios de trato nacional y nación más favorecida que fueron analizados con anterioridad.

la “delimitación del objeto de la protección, las excepciones a los derechos exclusivos, la admisión de importaciones paralelas” (B. Kresalja, *El sistema de Patentes...*,210), entre otros, consignando una somera opinión sobre estos y procurando recoger las distintas posturas que al respecto se han vertido. En lo posible, las anotaciones explicativas al respecto estarán contenidas en notas al pie para cumplir con dejarlas sentadas.

Al profundizar el análisis, se debe entender que hay presiones de los países desarrollados para superar las excepciones que se pueden establecer a los principios que el Acuerdo ADPIC recoge, como hay presiones para mantenerlas o incluso ampliarlas de parte de los países en desarrollo. Lo óptimo será que los futuros cambios que eventualmente se den en relación al acuerdo global, tengan una base científica y no respondan, necesariamente, a intereses determinados, lo cual, por lo subjetivo de la naturaleza de la propiedad intelectual, no siempre será posible. De imponerse el hipotético sistema que este estudio propugna, el establecer un convenio aún más sólido, universal, estandarizado, amplio en cuanto a la materia que abarca y eficaz, será en mayor medida posible.¹⁴⁸

Cabe reiterar que una mayor armonización, siempre y cuando el sistema como tal sea justo, será ventajosa, ya que la universalización de las normas que rigen la propiedad intelectual en general y a las patentes de invención de manera específica, responde a un elemento fáctico ineludible: la globalización. Hay algunos temas, no obstante, en que la armonización será difícil de alcanzar, ya sea por la disparidad en cuanto a valores éticos se refiere o por la existencia de conceptos jurídicos distintos e irreconciliables.

2.3.2.1. Sobre la patentabilidad y materia patentable.

En primer lugar, el Acuerdo ADPIC posibilita a los miembros acogerse a ciertas excepciones a la patentabilidad (por principio se deben conceder patentes para todas las invenciones en todos los campos de la tecnología), lo cual se concreta en las diversas legislaciones ya sea mediante exclusión de la patentabilidad o determinando a ciertos inventos

¹⁴⁸ Como ya se lo adelantó, en este hipotético sistema, equitativo en cuanto a la medida en que la humanidad toda retribuye al inventor de manera proporcional, el interés por encontrar la medida justa de la protección será mayor, ya que la afectación que potencialmente conlleva una protección desmesurada se sentirán en igual proporción, en relación a la capacidad económica, en todos los Estados sin importar su condición de desarrollo.

como materia no patentable (para facilitar la exposición en el presente estudio no se hace una distinción conceptual entre estas dos opciones). Estas son, de manera general, las siguientes: se puede excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación deba impedirse para proteger determinados valores como el orden público o la moralidad, la salud o la vida (en ciertas condiciones que el Acuerdo determina);¹⁴⁹ los miembros podrán excluir de la patentabilidad a los métodos de diagnóstico, terapéuticos o quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales; de igual forma, se podrán establecer excepciones sobre la patentabilidad de productos y procedimientos relacionados con el material biológico (sobre esto se amplía en su debido momento). Además, al no existir norma expresa al respecto en el Acuerdo ADPIC, en varias legislaciones se han determinado excepciones de la patentabilidad de los descubrimientos y los llamados “segundos usos”. A continuación se analiza someramente, una por una, aquellas excepciones tocantes a los descubrimientos, métodos de diagnóstico, métodos terapéuticos y métodos quirúrgicos, los segundos usos y lo referente al material biológico, además de una brevísima referencia a las teorías científicas y los métodos matemáticos.

Las teorías científicas y los métodos matemáticos en cuanto a la manera en que están expresados, están protegidos por el derecho de autor, no siendo objeto de protección las ideas que en sí plantean (si lo es su materialización en dispositivos); así por ejemplo el artículo nueve del Acuerdo ADPIC establece que “la protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”. Un caso excepcional se presenta en la legislación de los Estados Unidos.¹⁵⁰

Respecto de los descubrimientos como materia patentable, en las distintas legislaciones se ha optado tanto por excluirlos de la patentabilidad como por admitirlos como patentables. Por ejemplo, en cuanto a los descubrimientos, la normativa andina Decisión 486, en su Artículo 15 literal a, establece que “no se considerarán como invenciones”, excluyendo por tanto de la

¹⁴⁹ En palabras del propio Acuerdo: “Los Miembros podrán excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud y vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre que esa exclusión no sea meramente porque la explotación está prohibida por su legislación”. Esta disposición es un tanto ambigua y llena de conceptos jurídicos indeterminados. Aún así, hasta el momento no ha habido una discrepancia resuelta al respecto de esta disposición, no existiendo pronunciamiento alguno de parte de un Panel ni del Órgano de Apelación de la OMC, lo cual denota su poca relevancia práctica.

¹⁵⁰ Esto es así en todas las legislaciones del mundo, con excepción de los Estados Unidos respecto de ciertos algoritmos. El ejemplo más representativo de aquello es el “algoritmo criptológico para firmas electrónicas RSA” (nombre formado por las iniciales de sus ideadores: Rivest, Shamir y Adleman). Siempre y cuando el elemento axiológico central sea remediado ¿Por qué no protegerlos?

patentabilidad a “los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos”. Desde el punto de vista doctrinario, existen justificaciones tanto para mantener las prohibiciones de patentabilidad de los descubrimientos, como para fundamentadamente sostener lo contrario.

Por un lado se sostiene que la investigación requerida para realizar u obtener un descubrimiento, no obstante la discusión sobre su naturaleza que se acota a continuación, puede requerir igual o mayor inversión con iguales o mayores riesgos que en caso de una invención, por lo que siguiendo la justificación de la utilidad de las patentes para fomentar y así asegurar el progreso tecnológico, los Estados deben proteger tales inversiones en investigaciones para obtener descubrimientos útiles. Por su parte hay quienes defienden que dada la naturaleza de los descubrimientos no deben ser considerados como invenciones, ya que el resultado obtenido no involucra actividad intelectual que merezca reconocimiento; manifiestan que en un descubrimiento no hay nivel inventivo suficiente.¹⁵¹ Unos y otros argumentos no son más que reflejos de posiciones diametralmente opuestas, que en virtud de intereses económicos reales y concretos son defendidos a ultranza por cada una de las partes. Dada la naturaleza maleable de la protección de las invenciones, ambas concepciones son correctas. Al introducir parámetros de justicia en el régimen actual, habrá seguramente mayor posibilidad de conseguir un consenso al respecto.

En ciertas legislaciones se ha determinado que no serán objeto de nueva patente los procedimientos o productos previamente patentados, por el hecho de atribuírseles un uso distinto al originalmente comprendido por la patente inicial.¹⁵² A esto coloquialmente se lo ha

¹⁵¹ Para entender este planteamiento se debe diferenciar un descubrimiento de una invención. Mientras que un descubrimiento conlleva la aplicación del método deductivo, aplicando las facultades especulativas y de observación, en un invento se llega a una determinada conclusión práctica aplicando el método inductivo; es decir, se parte de las observaciones de los resultados de la aplicación de un conocimiento constante en el estado de la técnica, en ciertas circunstancias y con ciertas variaciones, lo que posteriormente se recoge como conclusión. “El descubrimiento científico implica esencialmente un proceso intelectual deductivo; las invenciones, al contrario, suponen una actividad principalmente inductiva. [...] En el descubrimiento no actúa el espíritu inventivo, sino el espíritu especulativo y las facultades de observación; de modo que con el descubrimiento, quedamos en el campo de la ciencia y del intelecto especulativo, mientras que con la invención penetramos en el dominio de la realización y del intelecto práctico. El distingo entre invención y descubrimiento es importante en nuestro estudio, porque no puede ser objeto de privilegio asegurado por la ley, que protege únicamente las invenciones técnicas. [...] En consecuencia ante un descubrimiento científico, el autor del hallazgo podrá escribir una obra sobre su investigación, la cual quedará protegida en cuanto a la forma de expresar sus ideas, mediante el derecho de autor, pero no podrá impedir que el resultado de su trabajo pueda ser aprovechado en la práctica.” Raúl Moscoso Álvarez, *Propiedad Intelectual e innovación tecnológica en el Ecuador*, Editorial Abya-Yala, Quito, 2000, p. 38.

¹⁵² Cabe traer a colación mencionar un fragmento de una Sentencia del Tribunal Andino de Justicia de la Comunidad Andina, que se ha pronunciado reiterada y uniformemente al respecto: “Quinta: El artículo 16 de la Decisión 344 contiene una prohibición claramente determinada que constituye una opción de política comunitaria respecto de la concesión de patentes de segundo uso que ha sido asumida por el legislador andino y que ha sido ratificada expresamente por él al aprobarse el artículo 21 de la Decisión 486 de la Comisión, en términos

denominado como “patente de segundo uso”. Nada dice al respecto el Acuerdo ADPIC, por lo que hay legislaciones que las han excluido expresamente y otras que no.

El sustento doctrinario de esta exclusión se deriva de los requisitos de novedad y nivel inventivo, que como requisitos de patentabilidad involucra que no se concederán patentes a productos o procedimientos que se encuentren ya en el estado de la técnica. Una segunda aplicación o uso de un producto o procedimiento que se encuentre en el estado de la técnica, hecha accesible al público por estar descrita en una patente anterior o cualquier otro medio, carece de novedad y nivel inventivo. Esta prohibición guarda estrecha relación con la prohibición relativa a los descubrimientos, ya que el determinar un segundo uso de un elemento conocido, es en sí un descubrimiento. Por tanto las conclusiones anteriormente vertidas al respecto de los descubrimientos, son también aplicables para los segundos, siendo la esencia de la discusión la misma para uno u otro caso.

Los miembros podrán excluir asimismo de la patentabilidad los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales. Esta posibilidad de exclusión no responde (como la referida a los descubrimientos) de manera palpable a las conveniencias de los distintos polos de opinión, por el contrario, tiene un fuerte sustento doctrinario. En los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos cada paciente es un encuentro individual que difiere de otros en sus condiciones y características, por lo que no pueden ser aplicados, de manera continua y sucesiva de la misma forma.¹⁵³ No puede concederse exclusividad sobre un objeto que no puede reproducirse de manera idéntica, ya que incumpliría el requisito de aplicación industrial. En los métodos de diagnósticos y quirúrgico,

idénticos a los consagrados en aquella. Su sentido literal es claro y guarda completa armonía con las demás normas jurídicas que conforman el régimen común. Por ende, el simple hecho de atribuirse un uso distinto al originalmente comprendido por la patente inicial, no se constituye en posibilidad jurídica para la concesión de una nueva patente; esa determinación del derecho comunitario conlleva, adicionalmente, la prohibición a los Países Miembros, para el otorgamiento de derechos de patente para productos o procedimientos comprendidos ya en el estado de la técnica y que, por tal circunstancia, han perdido la virtud de la novedad, que se constituye en uno de los fundamentos básicos para la concesión de patentes en el Régimen Común sobre Propiedad Industrial determinado por la Decisión 344”. Proceso 34-AI-2001. Acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina en contra del Ecuador; incumplimiento de los artículos 4 del Tratado de Creación del Tribunal y 16 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Considerando III. Determinación del incumplimiento y conclusiones para el fallo quinta, p. 54 y 55.

¹⁵³ “Dado que todos los enfermos difieren en sus reacciones o respuestas a los fármacos, cada encuentro terapéutico debe ser *considerado como un experimento* en el que se somete a prueba una hipótesis. El fundamento científico de dicha hipótesis proviene de la base de datos generada en estudios con testigos en seres humanos durante las diversas fases de obtención y estudio del agente, y la experiencia obtenida después de su distribución comercial. La individualización del tratamiento en un paciente particular exige conocimientos básicos de farmacocinética y farmacodinámica. Son innumerable los factores que influyen en la reacción de un sujeto a un fármaco; por ejemplo, su edad, la enfermedad de órganos por los que se elimina el medicamento (riñones o hígado), el empleo concomitante de otros productos farmacéuticos, alimentos y sustancias químicas (interacciones medicamentosas); la administración previa del mismo fármaco u otros semejantes (tolerancia), y diversos factores genéticos que influyen en la cinética y toxicidad de los medicamentos (fármaco genética).” Joel Hardman y Lee Limbird, edit., *Goodman & Gilman. Las Bases Farmacológicas de la Terapéutica*. Novena Edición. Vol. I. McGraw-Hill Interamericana. México. 1996. p. 58.

no tanto así en los métodos terapéuticos, no se evidencian las características esenciales de un invento, que son la reproducibilidad o repetitividad.

La línea divisoria entre una invención y los métodos terapéuticos, principalmente, puede ser difusa. Un ejemplo de lo anterior es lo que se conoce en el ámbito farmacéutico como combinación de dosis fijas.¹⁵⁴ Algunos sostienen que los fármacos que proceden de combinaciones en dosis fijas no son materia patentable, ya que en estos el período de aplicación podrá extenderse o limitarse, dependiendo de la situación particular de cada paciente, mientras que otros aseguran se trata de una invención. Es un tema debatible.

Uno de los temas más sensibles en la actualidad es el relativo al material biológico, por las implicaciones éticas detrás de su protección. “En la actual etapa de incertidumbre sobre el impacto del patentamiento de la materia viva, particularmente sobre sus implicancias legales, económicas y éticas, parece necesaria una máxima flexibilidad y, eventualmente, diferenciación nacional. (C. Correa, *Instrumentación del acuerdo...*,122)”. Sin dudas este será un tema álgido en una eventual nueva construcción global sobre el régimen de patentes de invención,¹⁵⁵ en virtud los aspectos éticos a los que hace un momento se hizo referencia y por el enorme desarrollo que desde el punto de vista científico se ha alcanzado,¹⁵⁶ además de las implicaciones prácticas que de este desarrollo devienen.¹⁵⁷

¹⁵⁴ “Combinaciones en dosis fijas. El empleo concomitante de dos o más medicamentos vuelve más complejo el ajuste individual de la farmacoterapia. Es importante adaptar la dosis de cada medicamento para lograr beneficio óptimo; en este sentido resulta esencial el cumplimiento del paciente, aunque es más difícil de lograr. Para salvar este último problema se expenden en el mercado innumerables combinaciones con dosis fijas de fármacos. Su uso es ventajoso sólo si la proporción de las dosis fijas corresponde a las necesidades de cada enfermo. En Estados Unidos, una combinación por dosis fija se considera como un ‘nuevo fármaco’ y debe ser aprobada por la Food And Drug Administration (FDA) antes de distribuirse oficialmente, a pesar de que los fármacos pueden obtenerse por separado para uso concurrente. La aprobación exige el cumplimiento de algunas condiciones. Los dos productos deben actuar de tal modo que alcancen una mayor respuesta terapéutica que cualquiera de los dos por separado (muchas combinaciones de antihipertensores), o un medicamento debe actuar de una manera que aminore la incidencia de los efectos adversos causados por el otro (como sería la inclusión de un diurético que estimule la excreción de potasio por la orina, en combinación con otro que ahorre dicho mineral).” (J. Hardman y L. Limbird, *Las Bases Farmacológicas de la Terapéutica...*, 47).

¹⁵⁵ No se pueden dejar de lado los “problemas éticos vinculados a la dignidad humana, a la protección de los animales y a la biodiversidad, que no pueden en modo alguno ser ignorados con el pretexto de la especialidad del Derecho de Patentes”. “Alberto Bercovitz, *Acceso y alcance de la protección legal de las invenciones biotecnológicas*, en Los retos de la propiedad industrial en el Siglo XXI, INDECOPI, Lima, 1996, p. 112. Citado por (B. Kresalja, *Es sistema de patentes...*, 225).

¹⁵⁶ En Estados Unidos la Corte Suprema de Justicia en el caso Diamond Vs. Chakrabarty otorgó por primera vez Patente sobre materia viva, bajo el sólido argumento de que el que no haya protección “no impedirá que la mente científica sondee lo desconocido”. (B. Dhar y C.N. Rao, *La vinculación de los derechos...*, 141).

¹⁵⁷ “La denominada ‘nueva’ biotecnología, en contraste con la ‘tradicional’ aplicada a la producción de queso, pan, cerveza, vino, etc., incluyen técnicas perfeccionadas para realizarse mejoras de plantas, crianza de animales y de uso de microorganismos (es decir, nuevas técnicas aplicables a la biotecnología clásica), así como técnicas nuevas que se orientan hacia de biología molecular e inciden en la modificación del material genético celular. Entre estas últimas, cabe mencionar el cultivo de tejidos in vitro, la inseminación artificial, el trasplante de embriones, etc., así como la bioconversión o tratamiento de materiales usando microorganismos, etc. Las nuevas técnicas ‘revolucionarias’ incluyen algunas como la del ADN recombinante que permite trasplantar genes de una célula a otra, la fusión de protoplastos que permite obtener híbridos de plantas fusionando sus células, entre otras más, que se conocen con el nombre de ‘ingeniería genética’”. (B. Kresalja, *El sistema de patentes...*, 224).

Es evidente que desde el punto de vista económico, más allá de las implicaciones éticas (un argumento fuerte para desechar su patentabilidad, que se ha constituido en la principal carta de negociación de los países en desarrollo), a los países en desarrollo les es conveniente, en la actualidad, un ámbito de protección restringido. No es menos cierto que los potenciales beneficios de la investigación y desarrollo en biotecnología son enormes, y que en ese sentido merecen protección. Al respecto en la actualidad las disposiciones del Acuerdo ADPIC son insuficientes (el Acuerdo no se pronuncia sobre materia humana y estructura genética, en cuanto a microorganismos si bien estipula que deberán ser objeto de protección y los define implícitamente, no comenta suficientemente sobre los mismos). Un debate serio sobre este asunto será posible, en mayor medida, si las consecuencias económicas que de su conceptualización se producirán fueran proporcionalmente asumidas por los distintos Estados, en aplicación del sistema de duración diferenciado de la protección conferida a las patentes en virtud de la capacidad económica de los Estados, que este trabajo propugna.

Si bien el Acuerdo ADPIC permite la exclusión en algunos casos de la biotecnología, exige protección a las obtenciones vegetales, sea mediante patentes u otro sistema eficaz *sui generis* o “mediante una combinación de aquéllas y éste”. Por ejemplo, la Comunidad Andina de Naciones, regula el tema mediante la Decisión 345, denominada “Régimen Común de Protección a los Derecho de Obtentores de Variedades Vegetales”, que puede definirse como un sistema *sui generis* eficaz. Muchos otros países hacen lo propio y otros tantos se han adherido a la UPOV -Unión para la protección de Obtenciones Vegetales- Organización Internacional creada al amparo de la OMPI, que estableció un documento conocido el Convenio de la UPOV, que contiene normativa al respecto.

Un propósito claro deberá ser homologar también la normativa al respecto en los próximos años. El Acuerdo ADPIC ya expresó aquello cuando dispuso que la normativa relativa a las obtenciones vegetales “serán objeto de examen cuatro años después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC”. Cuando esta necesaria revisión se plantee, habrá temas como los derechos del fitomejorador, los derechos de las comunidades de agricultores o

indígenas que aporten conocimientos o materiales en la obtención, etc., que seguro levantarán acalorado debate.

2.3.2.2. Excepciones a los derechos conferidos y límites al ejercicio.

Como se podrá observar el Acuerdo ADPIC permite establecer al interior de los distintos Estados, límites al ejercicio de los derechos que confiere una patente a los cuales, para efecto de estudio y en virtud del hecho que origina su presencia, se clasificarán en dos. El primer tipo de límite que pueden establecer los Estados, responde a circunstancias en que de pleno derecho y sin que sea necesaria la intervención de autoridad alguna, terceros distintos del titular pueden ejecutar el objeto o emplear un determinado procedimiento patentado. A este tipo de límites se los tratará bajo la denominación “límites *ipso iure*”. El segundo tipo de límite responde a aquellos que operarán únicamente con la intervención y pronunciamiento de una autoridad en uso de facultades públicas (licencias obligatorias). En función de lo anteriormente anotado a continuación el análisis propuesto.

- Límites *ipso iure*:

Para evitar confusiones, por temas prácticos, es pertinente denominar a estos límites como límites *ipso iure*,¹⁵⁸ y no como límites de pleno derecho.¹⁵⁹ El establecimiento de este tipo de límites, que el Acuerdo ADPIC en su artículo 30 determina como “excepciones a los derechos conferidos por una patente”, es abierto para cada una de las partes, bajo la condición de que sean limitadas, valga la redundancia, y “no atenten de manera injustificada contra explotación normal de la patente, ni causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de la patente”; añade que para el efecto de su determinación se deberán tener en cuenta los intereses legítimos de terceros. “En este artículo se establecen conceptos indeterminados amplios y

¹⁵⁸ “*Ipsa iure*: Adv.: Por el Derecho Mismo. Da pleno Derecho. Por la fuerza o autoridad del Derecho”. Nelson Nicolliello, *Diccionario del Latín Jurídico*, Euros Editores, Lanús Este, Argentina, 2004, p 148.

¹⁵⁹ No hay que confundir estos límites, cabe la aclaración, con lo que la Ley de Patentes de España considera como licencia de pleno derecho, situación única y *sui generis* que consiste en la oferta pública que hace el titular de una patente, para el licenciamiento a “cualquier interesado, utilizada para dar una publicidad más activa a aquellas patentes a las que el titular ha querido promocionar, y gozan así del beneficio derivado del descuento en la tasa de mantenimiento del 50%” “Oferta de tecnología a través de licencias de pleno derecho”, Oficina Española de Patentes y Marcas, <http://www.oepm.es/internet/inftecn/oferta.htm>. Para mayor claridad transcribo el texto legal pertinente: “Artículo 81.1.- Si el titular de la patente hace un ofrecimiento de licencias de pleno derecho, declarando por escrito a la Oficina Española de Patentes y Marcas que está dispuesto a autorizar la utilización de la invención a cualquier interesado, en calidad de licenciatario, se reducirá a la mitad el importe de las tasas anuales que devengue la patente después de recibida la declaración (...) a falta de pacto entre las partes, la OEPM a petición escrita de cualquiera de ellas y previa audiencia de las mismas, fijará el importe adecuado de la compensación que haya de pagar el licenciatario”.

flexibles, lo cual hace que haya disparidades [...] En fin, se trata de materias sujetas a interpretación y debate”.¹⁶⁰

Los límites *ipso iure* son excepciones al derecho de exclusión del cual goza todo titular de una patente, que por expresa disposición legal operan sin intervención de autoridad alguna. Son actos sobre el objeto de una patente que no requieren la autorización del titular del derecho. Estos actos que constituyen límites *ipso iure* se plantean, según la estructura de los ADPIC, en contraposición de aquellos actos referidos como “otros usos sin la autorización del titular de los derechos” (Artículo 31 del Acuerdo ADPIC), es decir, las licencias obligatorias.

De manera general el uso de una invención en el ámbito privado no comercial, la utilización de la invención para la experimentación o la enseñanza y la investigación científica académica, no requieren del consentimiento del titular de la patente de invención o, lo que en la práctica es lo mismo, éste no se encuentra facultado a prohibirla. En estos ámbitos la información y el conocimiento deben ser siempre públicos, lo que responde a la función misma del régimen de patentes, que es el impulsar el progreso tecnológico. El *ius prohibendi* o derecho de exclusión, por consideraciones de conveniencia colectiva, no es oponible a ciertas actividades.

Esto tiene lógica, ya que tal como quedó establecido, uno de los objetivos del régimen de las patentes es inducir al titular a compartir sus conocimientos con la sociedad a cambio de la exclusividad; en tal virtud, si se busca aplicar la invención patentada en estudios científicos para el desarrollo de nuevas tecnologías, no es racional que su utilización esté restringida, sería contrario a la naturaleza misma de la patente.

En esta misma línea de pensamiento, si el régimen de patentes busca alentar la investigación, mal podría este mismo régimen impedir se experimente con el conocimiento objeto de la protección de una patente: sería un contrasentido. Al respecto vale mencionar que la condición que establece esta limitación es que el uso que se le dé a la invención no sea con

¹⁶⁰ Un paradigma de un uso razonable de estos límites es el “Convenio Europeo sobre Patente Comunitaria Europea”, que determina que serán usos legítimos por terceros, entre otros por ejemplo, aquellos realizados en el ámbito privado y con fines no comerciales, a los que tiene fines experimentales y docentes; los destinados a la preparación de medicamentos para casos particulares, etc. (B. Kresalja, *El sistema de patentes...*, 228).

finés lucrativos. Basta entender que los derechos sobre una patente de invención son principalmente económicos, por lo tanto la actividad privada y del ámbito no comercial no le interesan.

Vale dejar sentado, eso sí, que la condición de que el uso que se le de a la invención no sea con fines lucrativos, no excluye que de la experimentación, por ejemplo, se desarrolle una invención patentable; caso contrario, se estaría cayendo en el contrasentido antes explicado. Sin entrar en mucho detalle, ya que no corresponde al presente estudio, se puede decir que las legislaciones alrededor del mundo acogen *mutatis mutandis* este esquema, pues tiene profundo sentido lógico.

A los límites antes estudiados, cabe mencionar, algunos tratadistas equivocadamente han querido asimilarlos a licencias no voluntarias. Este no es el caso, ya que el titular de una patente de invención no ve afectado sus derechos de manera alguna, simplemente sus derechos no alcanzan o no protegen determinada situación; no cabe que el titular ejerza su facultad de exclusión, por ejemplo, sobre la experimentación que se haga en una universidad sobre una novedosa invención. Consecuencia de esto es que los límites de pleno derecho o *ipso iure*, no determinarán una afectación al patrimonio del titular y por tanto no habrá lugar a resarcimiento alguno. El desacierto de llamar licencias no voluntarias a estos límites proviene, en primer lugar, por una equivocada analogía con el régimen de derechos de autor, en que en algunos casos el titular del derecho, sin que esté en su poder autorizar el uso de su obra tendrá el derecho a una remuneración equitativa por cada uso, a lo que se le denomina, en este caso de manera correcta, licencias no voluntarias; y en segundo lugar, de intentar acercar los límites antes estudiados al ámbito de las licencias obligatorias, que en realidad son límites de distinta naturaleza, los cuales serán abordados a continuación.

- Límites que deben ser declarados: las licencias obligatorias.

Respecto de los límites que deben ser declarados, o en los términos del artículo 31 del Acuerdo ADPIC “otros usos sin autorización del titular de los derechos”, que estructuran en

algunos países el sistema de “licencias obligatorias”,¹⁶¹ cabe una acotación. Como expone Kresalja estos son límites “cuya eficacia real es muy relativa, pero la discusión sobre su incorporación legislativa siempre grande [...] queremos poner en relieve su escasísima aplicación en los países latinoamericanos, lo que en la práctica la convierte –creemos- en una materia destinada (una “maniobra de diversión”) a impedir la discusión de temas más trascendentes.” (B. Kresalja, *El sistema de patentes...*, 229).¹⁶² Aún cuando el criterio de Kresalja es acertado, cabe una pequeña referencia.

Cada Estado podrá con libertad determinar los supuestos en los que, previa comprobación mediante una intervención estatal (sea judicial o administrativa), estos límites serán aplicados, respetando principios que el propio Acuerdo ADPIC establece para el efecto.¹⁶³ Estos límites, al igual que los anteriormente estudiados (límites *ipso iure*), provienen del presupuesto lógico que determina que si el derecho sobre las invenciones es concedido por gracia del propio ser humano, al considerar que así conviene a sus intereses, mal puede este derecho afectarle.

Tomando en cuenta lo anterior en las distintas legislaciones se han determinado circunstancias en que cabe la intervención estatal para proteger determinados valores que en “la práctica corresponden a tres grandes categorías: a) las concedidas en función del interés

¹⁶¹ Es acertado definir a las licencias obligatorias como “un límite al derecho de exclusividad impuesto como un remedio al ejercicio abusivo de una posición dominante”. Xavier Gómez Velasco, *Patentes de Invención y derecho de la competencia económica*, Quito, Ediciones Abya – Yala, 2003. p. 68. Los límites al ejercicio de estos derechos escapan la esfera volitiva del titular de la Patente y se presentan como consecuencia de presupuestos de hecho, que de verificarse, determinarán la pérdida o limitación de los derechos del titular de una Patente de Invención con una retribución económica por aquello, de ahí el nombre “licencia obligatoria”. Cabanellas manifiesta que “mientras que el contenido general de una patente es un *ius prohibendi* contra todo tercero que pretende la explotación de la invención patentada, sin autorización del titular de la patente, una licencia obligatoria implica que existan una o mas personas, los beneficiarios de esa licencia- no sujetos al *ius prohibendi* derivado de esa patente. De esta manera, mediante la licencia obligatoria, o mediante una pluralidad de ellas, se reduce el contenido efectivo de los derechos del patentado, ajustándolo a distintas metas tuteladas por el orden jurídico”. Cabanellas Guillermo, *Derecho de las Patentes de Invención*. Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2001, Tomo II, pp. 420-421.

¹⁶² Vale acotar, ya que denota la poca aplicación práctica que generalmente tiene la institución que en estas líneas se analiza, y ya que pone de manifiesto además que el aporte de su estudio es mayor en el ámbito académico-doctrinario que en el ámbito práctico, que al momento en el Ecuador, por ejemplo, sólo se ha registrado una solicitud de sometimiento a Licencia Obligatoria de una Patente de invención (162 Proceso 03-514 RA, resuelto en apelación por Comité de Propiedad Intelectual, Industrial y Obtenciones Vegetales, Acromax v.s. Cia Glaxo Group Limited). Fue resuelta desfavorable y únicamente en su etapa administrativa ante el organismo regulador en materia de Propiedad Intelectual, el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI. Mediante la referida solicitud, se planteó la liberación, a través de Licencia Obligatoria, de la Patente sobre el proceso de obtención de “anti-retrovirales” que son utilizados para el tratamiento en pacientes que padecen del Síndrome de Inmune Deficiencia Adquirido (SIDA). Como se pone en evidencia en este ejemplo, existe una clara confrontación entre el bien de la comunidad y los derechos de Propiedad Intelectual, ya que, por un lado, la liberación de esta Patente incidirá positivamente sobre los precios de los medicamentos para tratar el SIDA, pero, como contrapartida, el laboratorio titular de dicha Patente experimentará un detrimento económico por la pérdida sobre la explotación exclusiva de su invención. Es el ejemplo más común, por no decir el único, que se presenta a nivel mundial. Lo cierto es que en la confrontación entre estos dos derechos debe primar siempre el derecho colectivo.

¹⁶³ Dentro de la libertad referida, El ADPIC pone una serie de condiciones para que pueda limitarse el derecho conferido por una Patente y otorgarse una licencia obligatoria. El Acuerdo ADPIC obliga a los Estados una serie de condiciones y a la consagración de ciertas garantías, como son el señalamiento de procedimientos previos en que se verifique una valoración justa e indemnización, el pago, la prohibición a toda confiscación, etc., que deben ser aplicadas, de manera general (hay situaciones específicas en que estos preceptos varían de caso a caso), sea cual sea el supuesto que generó su concesión. Los principios rectores básicos sobre licencias obligatorias son: la temporalidad del licenciamiento en razón de la subsistencia del hecho que originó su concesión; la no exclusividad del licenciamiento; la prohibición de concesión de sub-licencias por parte del beneficiario de la licencia obligatoria; el reconocimiento de una remuneración al titular original; la territorialidad de su uso, es decir, que es aplicable únicamente en el mercado interno (solo para abastecer mercado interno); que exista un *refusal to deal* en términos comerciales razonables (excepción emergencia y otros); deberán decretarse caso por caso, no en bloque; etc.

público, independientemente del comportamiento del titular de la patente; b) las destinadas a contrarrestar un comportamiento abusivo o anticompetitivo del titular de la patente, dentro del que algunos incluyen el debatido caso de la falta de explotación; y, c) las de alcance más limitado, que están destinadas a permitir la explotación de otra patente”. (B. Remiche y H. Desterbecq, *Las patentes farmacéuticas...*, 259 y ss.; citados por B. Kresalja, *El sistema de Patentes...*, 299). Por facilitar el análisis, sobre el cual no se pretende profundizar en demasía, se ha escogido esta categorización, no obstante reconocer otras que podrían ser más minuciosas.¹⁶⁴

En cuanto a la primera de las categorías, esta podría abarcar una diversidad de valores, como por ejemplo, la salud pública, la nutrición, una emergencia declarada o la seguridad nacional.¹⁶⁵ Hay quienes manifiestan que puede ser supuesto suficiente para la concesión de una licencia obligatoria cualquier valor identificado con el interés público, como la protección del medio ambiente, etc., quedando aquello a la discrecionalidad de los Estados.

En cuanto a aquellas destinadas a contrarrestar un comportamiento abusivo o anticompetitivo del titular de la patente, se puede decir que son comunes entre las legislaciones interiores de los países y que requieren de un pronunciamiento previo ya sea administrativo o judicial, que se tomará también en base a las normas internas de cada país.¹⁶⁶ Este tipo de normas constituyen una fuente adecuada de control de la competencia desleal.

El debatido caso de la falta de explotación, que algunos consideran está contenido en esta categoría, ha sido contemplado en la normativa de algunos países. En la gran mayoría de las

¹⁶⁴ Cabe mencionar la clasificación que al respecto refiere Carlos Correa, que utiliza criterios dispares para la clasificación a los que utilizan Remiche y Desterbecq. Es así que Correa en virtud de las causas que motivan la concesión de licencias en la normativa del ADPIC (específicamente en razón del artículo 31) ha considerado que los límites al ejercicio de los derechos concedidos por una Patente de Invención (él los refiere como causales de concesión de licencias obligatorias) son: 1. Negativa a conceder una licencia. 2. Salud pública, nutrición y otras razones de interés público. 3 Falta o insuficiencia de explotación. 4 Práctica anticompetitivas. 5. Uso público no comercial. 6 Protección del medio ambiente. 7. Patentes dependientes. En el análisis de Remiche y Desterbecq se subsumen o unifican ciertas causales que Correa dota de independencia, por ejemplo al referirse al interés público lo hacen englobando a la salud pública, nutrición y medio ambiente. (C. Correa, *Acuerdo TRIP's...*, 140-152).

¹⁶⁵ Remiche y Desterbecq manifiestan que las licencias obligatorias por salud pública están presente en la mayoría de países, incluso los industrializados, como por ejemplo Canadá, Gran Bretaña, Estados Unidos (instrumentado a través de legislación “antitrust”), Francia (en donde incluso se puede expedir un permiso de importación), etc. (B. Remiche y H. Desterbecq, *Las patentes farmacéuticas...*, 296).

¹⁶⁶ El control de prácticas anticompetitivas en alguna medida se encuentra regulado por el Acuerdo ADPIC, en su artículo 40. Cabe destacar, por ejemplo, los principios del “test de competencia” y la “regla de la razón” (40.2), que se determinan en este instrumento, para evaluar los efectos de una práctica antimonopólica en cada caso en concreto. Esto no es un tema nuevo, ya estuvo, por ejemplo contemplado en las disposiciones del Estatuto Inglés de Monopolios. Se quiso hacer un Código de Conducta Internacional sobre Transferencia de Tecnología en los años 80 auspiciado por UNCTAD, pero resultó infructuoso. Actualmente el asunto se desarrolla en las legislaciones internas. Por ejemplo en Estados Unidos el tema se rige por la llamada “Sherman Act” de 1890, y de manera más específica por el “Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property” de 1995 del “US Department of Justice and Federal Trade Commission”. De igual forma en Europa ha sido regulado con leyes anti-competencia desleal nacionales, como por normas comunitarias.

legislaciones,¹⁶⁷ lo cual está permitido por el Acuerdo ADPIC,¹⁶⁸ la explotación de la invención está concebida tanto como una facultad como una obligación, determinándose de esta forma un límite al ejercicio de la facultad de explotación exclusiva.¹⁶⁹ En estas legislaciones de manera general se puede decir que si el titular no explota la invención o la explota incorrectamente, pierde el derecho de exclusiva.

La utilización o explotación de una patente, que es en definitiva la facultad positiva derivada de la titularidad, a diferencia de otras formas de protección industrial, como las marcas por ejemplo, puede estar concebida no sólo como un derecho sino como una obligación o deber, en virtud de la significación y trascendencia que una determinada invención puede tener en la sociedad y la responsabilidad que esto conlleva. Es prudente que esta determinación quede al libre criterio de los Estados, sin que sea obligatorio el así contemplarlo, para dar cabida al régimen de protección de las invenciones en las distintas formas de estructura social.

Lo cierto es que los derechos que se conceden al titular de la patente son derechos tan amplios que mal utilizados pueden dar lugar a abusos de los titulares, incorrecciones en el mercado o situaciones contrarias a las funciones primordiales del régimen de patentes de Invención. Es por tanto prudente que haya margen para que mediante la intervención estatal estas circunstancias puedan ser corregidas, si así lo deciden los miembros de la OMC.

La suma de las facultades positivas y negativas crean el derecho de explotación exclusiva de la invención, lo cual se traduce en una especie de “monopolio” comercial de procedencia legal. Es preciso recordar que es el propio ser humano quien ha considerado pertinente otorgar este derecho exclusivo al inventor, y por lo tanto es lógico que el propio ser humano limite su ejercicio en la medida que estime conveniente para que sus intereses colectivos no se vean afectados. Por ejemplo, no podrá privarse a la sociedad del aprovechamiento de un invento

¹⁶⁷ Remiche y Desterbecq comentan que la obligación de explotar se ha establecido en casi todas las legislaciones de la Unión Europea. (B. Remiche y H. Desterbecq, *Las patentes farmacéuticas...*, 315).

¹⁶⁸ Kresalja identifica como un tema polémico la concesión de licencia por falta de explotación; menciona los criterios de algunos tratadistas al respecto. Por ejemplo, según Remiche y Desterbecq, en virtud de la aplicación del Convenio de París, cuya vigencia reconoce el Acuerdo ADPIC, las distintas legislaciones pueden incluir la obligación de explotación de la Patente (el Acuerdo ADPIC no incluye como las condiciones impuestas al titular de la Patente). Destaca a Carlos Correa como quienes están de acuerdo con este criterio y a Gómez Segade como los que difieren con él. Recoge la interpretación de Dhar y Rao que incluso van más allá de lo expuesto por Remiche y Desterbecq, al manifestar que el Acuerdo ADPIC esta en contraposición al Acuerdo de París. En definitiva es un asunto sobre el cual hay aún mucha tela que cortar. Él Concluye que es un aspecto que debe quedar a la libre legislación de los Estados. (B. Kresalja, *El sistema de patentes...*, 230-231).

¹⁶⁹ Ejemplo claro de lo anteriormente manifestado se lo encuentra en la Decisión 486 de la Comunidad Andina, al tratar a las facultades positivas concedidas por el registro de una Patente, dentro de un capítulo curiosamente denominado “De las Obligaciones del Titular de la Patente”, lo cual determina un límite al ejercicio sobre los derechos que una Patente de Invención otorga.

útil, no se podrá dejar desabastecido un mercado o no se podrá comprometer la salud humana, so pretexto de la exclusividad de la explotación conferida de manera única al titular de la patente. Claro está que hay quienes sostienen lo contrario, concibiendo a los derechos que confiere una patente como absolutos, lo cual es un error, que los Estados están en la libertad de cometerlo; es por lo tanto correcto que el Acuerdo ADPIC posibilite a los distintos Estados opten por la concepción que más les parezca conveniente.¹⁷⁰

Por último, respecto de aquellas limitaciones destinadas a permitir la explotación de otra patente, cabe únicamente manifestar que tienen plena lógica, que están presentes en la mayoría de legislaciones y que el Acuerdo ADPIC ha establecido ciertas condiciones para su determinación, siendo por tanto coherente que se mantengan en una eventual reconstrucción del sistema de patentes.¹⁷¹

-Agotamiento de derechos e importaciones paralelas

Como exponen Remiche y Desterbecq, la doctrina del agotamiento de los derechos del titular de la patente fue fundada por Kohler, en su libro el “*Handbuch des deutshen Patentrecht*”. “Según esta teoría una vez que el producto ha sido colocado lícitamente en el comercio, el titular ya no puede basarse en la patente para impedir su libre circulación”; esto tiene pleno sentido ya que “el titular de la patente no puede pretender controlar todo el proceso de comercialización de los productos”. (B. Remiche H. Desterbecq, *Las patentes farmacéuticas...*,309).

La doctrina del agotamiento de los derechos es aceptada universalmente, pero en cuanto al ámbito de su aplicación (el límite de su incidencia), ya sea territorial, regional o internacional,

¹⁷⁰ Por su parte, hay quienes no ven una utilidad real a esta obligación de explotación, ya que bajo las leyes del libre mercado, en un escenario ideal de pleno empleo, la existencia de una demanda determinará la existencia de una oferta. Bajo este supuesto se puede concluir que si una invención no ha sido explotada se debe a que no existe necesidad real de tal explotación, ya que si la hubiera, existiría de manera automática quien solicite un licenciamiento sobre la misma. Abordar de esta manera la explotación puede resultar coherente en países como los Estados Unidos, por ejemplo, cuyo mercado abarca trescientos millones de personas con alto poder adquisitivo, en que cualquier invención aplicable a una industria específica seguramente encontrará un mercado suficiente como para garantizar su explotación. En países en vías de desarrollo y menos desarrollados cuyos niveles de ingreso *per cápita* son bajos, puede darse la situación de que aún existiendo una real y concreta utilidad para una determinada invención, por falta de mercado, ésta no haya sido explotada. Esta concepción es útil para los países en vías de desarrollo y aún más en los países menos desarrollados.

¹⁷¹ Estas son: “la invención reivindicada en la segunda patente ha de suponer un avance técnico importante de una importancia económica considerable con respecto a la invención reivindicada en la primera patente; el titular de la primera patente tendrá derecho a una licencia cruzada en condiciones razonables para explotar la invención reivindicada en la segunda patente; y no podrá cederse el uso autorizado de la primera patente sin la cesión de la segunda patente.” (Artículo 31 literal l del Acuerdo ADPIC).

se han establecido dispares concepciones.¹⁷² Se han identificado en mayor medida con la teoría del agotamiento internacional los países en vías de desarrollo, mientras que los países desarrollados han establecido en sus legislaciones, por lo general, un agotamiento regional o nacional.¹⁷³ Al no existir un consenso al respecto, el Acuerdo ADPIC dejó a la libertad de los Estados su determinación, claro está en estricto respeto a los principios del trato nacional y de nación más favorecida.¹⁷⁴ Seguramente este es el más trascendente de los temas que han quedado reservados al derecho doméstico, y sobre el cual se deberá procurar una homologación.¹⁷⁵

Cabe mencionar que el agotamiento de los derechos de propiedad intelectual es un asunto que rige para todos los derechos de propiedad intelectual de manera general y no únicamente para las patentes de invención, lo cual hace que su incidencia sea aún mayor. A continuación se analizan someramente los diversos puntos de vista que al respecto se han vertido, aplicables principalmente al derecho de patentes (no necesariamente aplicables para otros derechos intelectuales), que deberán tomarse en cuenta a la hora de buscar los acuerdos, sin que sea posible adscribirse inequívocamente a ninguna de estas corrientes, por ser todas ellas lógicas y sustentadas.

¹⁷² “La doctrina del agotamiento del derecho de patente, según la cual, una vez comercializado el producto protegido, sea por el propio titular de la patente o por un tercero con su consentimiento, el titular ha materializado el beneficio procurando por el sistema de patentes mediante la atribución de la facultad de exclusión, por lo que no puede pretender un segundo beneficio a partir de un mismo producto. La razón de ser de la excepcionalidad de la situación creada con la concesión de la patente ha desaparecido respecto de un objeto cuando de él ya se ha extraído el beneficio derivado de la primera instrucción en el comercio. De este modo, el titular de la patente solo podrá impedir la comercialización y utilización de aquellos productos protegidos fabricados o introducidos en comercio sin su consentimiento. El agotamiento se produce *ipso iure*, por lo que no puede ser restringido o eludido por la voluntad del titular.” “T. de las Herras, *El agotamiento del derecho de marca*, Montecorvo, Madrid, 1994, p. 25 – 26.” Citado por (B. Kresalja, *El sistema de las patentes...*, 238-239).

¹⁷³ “Así, la Unión Europea se inclina por la doctrina del agotamiento comunitario, que impide que la legislación nacional de sus Estados miembros sea aplicada para dar al titular de una patente el derecho a prohibir la importación y comercialización de un producto que fue lícitamente introducido en el comercio en otro Estado miembro por el mismo titular de la patente, o con su consentimiento o por una persona vinculada a él por una relación de dependencia jurídica o económica. (Doctrina sentada en la causa “PH Farmon c/Hoetch”, cit. en Massaguer, J., Mercado común y Patente nacional, Bosch, Barcelona, 1989 p. 202).” (S. Bergel, *Disposiciones generales y principios...*, 62). En Argentina, por ejemplo, la Ley de Patentes 24.481 “consagra el principio del agotamiento internacional, permitiendo las importaciones paralelas de productos patentados”. Carlos Correa, et al., *Derecho de patentes*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 142. Una disposición similar establece la normativa de la Comunidad Andina, que permite las importaciones paralelas, estableciendo la doctrina del agotamiento internacional. El Japón de igual manera se ha suscrito a esta doctrina para el caso de las Patentes, permitiendo las importaciones paralelas. (Jap Auto Products Kabushoki Kaisha y Anor. Vs. BBS Kraftfahrzeug Technik A-G, No 2372,23.3.95). Estados Unidos se inclina por el sistema territorial. Sin embargo ha permitido las importaciones paralelas para bienes del mercado gris: “K Mart Corp. Vs. Cartier Inc. 486 US 281, 108 S. Ct. 1811, 100 L. Ed. 2, 313, 1988”. “A ‘gray market’ good is a foreign-manufactured good that bears a valid United States trademark and is imported without the consent of the United States trademark owner.” (C. Correa, *Instrumentación del acuerdo...*, 111-113).

¹⁷⁴ “El artículo 6 del Acuerdo TRIPS, pese a su confusa redacción, deja librado al criterio de los Estados el sistema de agotamiento de derechos a aplicar; esto es, que la doctrina indicada se aplique sobre base meramente territorial, regional o internacional.” (Carlos Correa, et al., *Derecho de patentes*, 144).

¹⁷⁵ “Este tema tiene profundas connotaciones económicas y existen en el plano internacional diversas soluciones –algunas de ellas inconciliables– que en nada facilitan la elaboración de una propuesta armónica que pueda contribuir al necesario consenso.” (S. Bergel, *Disposiciones generales y principios...*, 61). “En conclusión, el tratamiento dado al tema en las disposiciones generales del Acuerdo TRIPS dista de ser satisfactorio y muestra que deberán realizarse nuevos esfuerzos entre los signatarios para armonizar criterios, ya que la relevancia económica del tema lo justifica ampliamente. Hasta que ello ocurra, seguiremos mostrando un mosaico de soluciones en el contexto internacional.” (S. Bergel, *Disposiciones generales y principios...*, 65).

El tema debatido no es el derecho que tienen el titular de una patente a importar su producto (la importación es considerada como explotación), ni la doctrina del agotamiento de los derechos (universalmente aceptada), lo debatido es el límite de la aplicación de la doctrina del agotamiento. Este puede ser o bien nacional (algunos lo llaman territorial), regional o internacional (estas dos opciones se subsumen en una misma, para facilitar el análisis).¹⁷⁶ Según la concepción que se escoja se determinarán los actos de comercio exterior que estén o no permitidos respecto del producto protegido.

Si el límite del agotamiento es el territorial, toda exportación de un producto patentado o producido por un procedimiento protegido se podrá realizar únicamente con el consentimiento del titular de la patente, como parte de una “red oficial”. Si se aplica el criterio del agotamiento con un límite internacional, los actos de comercio exterior respecto del producto objeto de una patente, podrán ser realizados por cualquiera que haya adquirido legítimamente un producto patentado, y no necesariamente dentro de la “red oficial” del titular de la patente, sino como parte de una “red paralela”. De ahí que la aplicación de la doctrina internacional del agotamiento de los derechos sea asimilada con el término “importaciones paralelas”. En el primer caso el titular de la patente tendrá mayor control sobre el mercado internacional de su producto, mientras en el segundo caso este control se verá diluido. Esto sin duda, según sea el caso, significará una mayor o menor afectación económica para el titular de los derechos de la patente (un mayor control implica mayores derechos y viceversa).

Dejando de lado la discusión sobre la afectación económica al titular de la patente (lo cual es siempre recomendable a la hora de un análisis objetivo) se pueden identificar, en uno u otro escenario, aspectos positivos y negativos. La libre circulación internacional de los productos patentados, lo cual sería concordante con los principios que defiende la OMC, permitiría actos de comercio exterior por fuera de la red oficial del titular de la patente (importaciones paralelas). Esto, sostienen algunos, aseguraría un mayor acceso al producto de la patente, se

¹⁷⁶ “Si se interpreta de manera absoluta la exclusividad de comercialización de los productos integrados por derechos intelectuales –Acota Battioli-, sus titulares podrían controlar toda la cadena de transacciones comerciales sobre tales productos. Llevada la situación al extremo, resulta contrario al sentido común otorgar al titular de un derecho intelectual facultades de disposición sobre bienes protegidos hasta la desaparición física de ellos.” “E. L. Battioli, *Agotamientos de derechos de propiedad intelectual e importaciones paralelas*, en *Revista del Derecho Industrial*, N° 39, p.539.” Citado por (S. Bergel, *Disposiciones generales y principios...*,63).

evitarían abusos del titular y coadyuvaría a mantener el equilibrio del mercado y a eliminar las distorsiones en el mismo.¹⁷⁷ Si bien esto es cierto, en el caso de las patentes farmacéuticas cabe una anotación; muchos países subsidian los medicamentos, no siendo aplicables las anteriores consideraciones (al menos en lo tocante a los productos farmacéuticos) en virtud de que el mercado ya está distorsionado a consecuencia del subsidio.¹⁷⁸

Como ya se dijo, el que exista una red oficial con potestades de controlar los actos de comercio exterior, dará mayor control al titular de una patente. De lo anterior devienen ciertos aspectos o consecuencias positivas. Por ejemplo, será más fácil el control de la piratería y se promocionará la distribución del producto patentado mediante licencias. Un producto que se introduce como consecuencia de una licencia asegurará de mejor manera los derechos del consumidor (generalmente con las licencias se establecen casas comerciales, además de que habrá localmente quien responda por la calidad de los productos).

Por otra parte, un agotamiento territorial o regional evitará la competencia que podría surgir entre el titular de la patente y licenciataria, manteniendo de esta manera incólumes los derechos de explotación exclusiva del primero. Caso contrario los licenciataria, o quienes adquieran legítimamente el producto, podrían exportar el producto licenciado al país de origen del titular de la patente. Esto podría significar que el titular de la patente tenga que competir libremente en el mercado por un producto sobre el cual se supone debería tener exclusividad. Por estas consideraciones, aun cuando no son del todo concluyentes, parecería acertado establecer un sistema de agotamiento territorial o regional.

¹⁷⁷ En este sentido se ha pronunciado Bercovitz. Manifiesta, por ejemplo, que el agotamiento territorial o regional distorsiona el comercio internacional, ya que los titulares pueden “compartimentar” los mercados. (A. Bercovitz, *El derecho de autor...*, 39-43). Por su parte Remiche y Desterbecq mencionan que según el Convenio de París (5.A.3), la importación paralela podría darse sólo si la licencia no hubiere bastado. Se manifiestan a favor de que el agotamiento sea internacional, ya que el agotamiento territorial o comunitario constituye un monopolio de importación, que evitará el descenso de los precios. Llamam la atención sobre el supuesto del que titular de la Patente no la explote y mantenga el monopolio de importación, y manifiestan que se podría establecer una especie de sanción (una licencia), para corregir esta situación (B. Remiche y H. Desterbecq, *Las patentes farmacéuticas...*, 297-316). Correa por su parte dice que es “pro competitivo” el poder establecer límites a los derechos del titular, como agotamiento internacional. (C. Correa, *Instrumentación del acuerdo...*, 114). Por último Bergel sostiene que “la limitación a los derechos conferidos al titular se basa en un imperativo de orden económico: asegurar el libre comercio de mercaderías, impidiendo que los titulares de derechos intelectuales relacionados con determinados bienes restrinjan su libre circulación afectando seriamente la seguridad de las transacciones comerciales y perjudicando eventualmente a los consumidores”. (S. Bergel, *Disposiciones generales y principios...*, 63).

¹⁷⁸ “Otros, en especial los defensores de la industria farmacéutica multinacional, creen que la autorización de importaciones paralelas reduce y hasta anula el valor de la patente. Afirman que prácticamente en todo el mundo los medicamentos están sujetos a regulaciones y subsidios dirigidos tanto a la producción como al consumo, lo que hace que en la práctica los precios varíen grandemente de un país a otro, en función de estas regulaciones y subsidios y no en función de la libre competencia.” “F. Allende, *Análisis comparativo del patentamiento en las legislaciones de Propiedad Industrial de los países de América Latina con respecto a la norma multilateral de patentamiento establecida por el ADPIC ¿Quién sigue creyendo en los mitos farmacéuticos?*, FIFARMA, Mimeo, Lima, 1997, pp. 20-21.” Citado por (B. Kresalja, *El sistema de patentes...*, 244-245).

2.4. Eficacia.

Geller manifiesta que la normativa abstracta establecida en el régimen que él denomina París-Berna (en virtud de los tratados que regulan aspectos de los derechos de autor y la propiedad industrial, respectivamente, suscritos en esas ciudades), no se puso jamás en práctica al interior de los Estados, a diferencia de lo que ocurre con el Acuerdo ADPIC; “los tribunales por lo general no lo concretaron en sus resoluciones” (P.E., Geller, *La Propiedad Intelectual en el...*, 180). En gran medida lo anterior responde a una serie de normas adjetivas que el Acuerdo ADPIC prevé en su articulado, que lo convierten en un instrumento internacional eficaz.

En el presente documento, para facilitar el análisis y siguiendo al tratadista Kresalja, se abordarán por separado lo que él ha denominado como normas no sustantivas (normativa para resolución de diferencias entre Estados) y seguidamente las normas adjetivas (normativa adjetiva que deberán los suscriptores establecer al interior de los Estados).

Unas y otras constituyen mecanismos relativamente eficaces en procura de un cabal reconocimiento en el mundo entero de los derechos de propiedad intelectual en general.¹⁷⁹ La introducción de este tipo de normas constituyen una de las grandes ventajas del Acuerdo ADPIC, en cuanto a la eficacia de la norma se refiere, respecto del régimen Paris-Berna que no las contemplaba.¹⁸⁰

En cuanto a las normas que han sido referidas como no sustantivas (para diferenciarlas de las normas adjetivas), es pertinente mencionar que éstas comprenden aquéllas que regulan las relaciones entre los distintos Estados miembros y que convierten al Acuerdo ADPIC en un instrumento de Derecho Internacional de resultados verificables mediante mecanismos de entendimiento.

¹⁷⁹ Norberto Bobbio, al desarrollar el que él identifica como el tercero de los tres criterios de valoración de las reglas jurídicas (él manifiesta, para así entender la necesidad de utilizar los tres criterios de valoración, que frente a cualquier norma jurídica podemos plantearnos un triple orden de problemas), indica que: “el problema de la eficacia de una norma es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige (los llamados destinatarios de la norma jurídica) y, en el caso de ser violada, que se la haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto. Que una norma exista en cuanto norma jurídica no implica que también sea constantemente cumplida. No es nuestro objetivo investigar ahora cuales pueden ser las razones para que una norma sea mas o menos cumplida. (...) La investigación para determinar la eficacia o ineficacia de una norma es de carácter histórico-social, y se orienta al estudio del comportamiento de los miembros de un determinado grupo social, diferenciándose tanto de la investigación de carácter filosófico sobre la justicia de la norma como de la típicamente jurídica acerca de su validez. También aquí, para usar la terminología docta, aunque en un sentido diferente del acostumbrado, se puede decir que el problema de la eficacia de las reglas jurídicas es el problema fenomenológico del derecho”. (N. Bobbio, *Teoría General del Derecho*, 35).

¹⁸⁰ “El ADPIC no constituye un régimen completamente nuevo que sistemáticamente cubre todos los vacíos que quedaron abiertos en el viejo sistema; mas bien emparcha las nociones de París-Berna-como ensamblado partes de una máquina obsoleta –con nuevos dispositivos improvisados.” (P.E., Geller, *La propiedad intelectual en el...*, 179).

Las normas adjetivas, por su parte, están referidas a las regulaciones que deberán establecerse al interior de los distintos Estados en cuanto a la defensa, protección, adquisición y mantenimiento de los derechos, estableciendo así los medios (al menos características mínimas de estos) que los Estados deberán adoptar para conseguir los resultados que Acuerdo propende.

2.4.1. Normas no sustantivas.

Es mediante los mecanismos para la solución de controversias y diferencias que puedan surgir entre los Estados, que los resultados de la aplicación del Acuerdo ADPIC son verificables. El artículo 64 del Acuerdo ADPIC declara aplicables los artículo XXII y XXIII del Acuerdo GATT y el “Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias”; por su parte el artículo 63 consagra el principio de transparencia, el cual facilita la evaluación de los resultados e involucra tener informado a las partes contratantes sobre leyes, reglamentos, sus modificaciones, sobre acuerdos similares, etc. El mecanismo de solución de diferencias es un mecanismo multilateral, que se desarrolla al amparo de la OMC (interviene el llamado Órgano de Solución de Diferencias), que evita que las reclamaciones de Estado a Estado se resuelvan en el marco de las relaciones bilaterales.

Es sin duda una herramienta útil de los países pequeños con menor poder de negociación, frente a las potencias económicas mundiales. Para el efecto de una disputa que persista, se crean paneles a cuya resolución estarán sometidas las discrepancias irresueltas, resoluciones que pueden ser recurridas ante un órgano de apelación.

Claro está que “las medidas para prevenir o resolver disputas sólo pueden ser activadas por los Estados miembros de la OMC; los particulares sólo tienen como recurso el reclamar ante sus propios gobiernos para que adopten cierto curso de acción frente a otros países Miembros en los que sus intereses puedan verse afectados, mas no el de requerir directamente la aplicación del Acuerdo”. (C. Correa, *Acuerdo TRIPs...*, 216). Como ya quedó anotado, esto es uno de los elementos que marcan una trascendental diferencia con el régimen París-Berna.

Las diferencias entre los Estados “se resuelve desde el punto de vista comercial, corrigiendo las ventajas que derivan de la violación y no como castigo a la violación”; las

controversias no se contemplan “tanto de desde el punto de vista de la violación de una obligación, como desde la óptica de una anulación o menoscabo de las ventajas que derivan, para uno de los miembros, del acuerdo al que se refiera la controversia” (C. Correa, *Instrumentación del acuerdo...*, 216). Este sistema es altamente eficaz en cuanto a conseguir que los Estados miembros de la OMC cumplan en las obligaciones adquiridas.

2.4.2. Normas adjetivas.

Como ya se lo dejó anotado, el Acuerdo ADPIC obliga a los países suscriptores del mismo a adecuar sus normativas internas (tanto adjetivas como sustantivas), dentro de determinados períodos y tomando en consideración determinadas condiciones, a los preceptos en él contenidos. Una vez que se analizaron las normas sustantivas que contiene el Acuerdo ADPIC respecto de las patentes de invención, cabe tratar las normas adjetivas que este instrumento prevé (para los demás ámbitos de la propiedad intelectual), que constituyen herramientas para asegurar la efectiva implementación de los principios y objetivos identificados en él.¹⁸¹

Es un aspecto clave del Acuerdo ADPIC que además de abordar las principales categorías de la propiedad intelectual, entre las que están por su puesto las patentes de invención, introdujo los lineamientos básicos que deberán contemplar las partes contratantes en cuanto a la forma de establecer los mecanismos de protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual (Acuerdo ADPIC Parte III y IV, artículos 41 al 62, además de los específicos del derecho de patentes). En efecto, el Acuerdo ADPIC se preocupó del “fortalecimiento de los derechos, incluyendo medidas preventivas y recursos efectivos contra las infracciones.” (B. Kresalja, *El sistema de patentes...*, 200).

El Acuerdo ADPIC no establece la obligación de cambiar el sistema legal de los signatarios, pero éstos deben cumplir con establecer parámetros mínimos que posteriormente se analizan. Cabe recordar que el Acuerdo ADPIC no es un “acuerdo auto ejecutorio, ni crea derechos para los particulares”, de manera directa, al menos. Los obligados son los Estados,

¹⁸¹ “Así, por una parte, el texto final adoptado acoge sin reservas la concepción amplia de los derechos de propiedad intelectual defendida desde el inicio de la negociación por los países desarrollados, e incluye en sus disposiciones todas las modalidades de propiedad intelectual e industrial. Por otra parte, la protección de estos derechos se vera sensiblemente reforzada por la introducción en el acuerdo TRIPs de obligaciones sobre los distintos procedimientos y mecanismos administrativos y judiciales que garantizan la tutela de los DPI, incluyendo, asimismo, las medidas especiales en frontera relativas a las mercancías falsificadas.” (A. Casado Cerviño y B. Cerro Prada, *Orígenes y alcances...*, 78).

quienes “podrán establecer libremente el método adecuado para aplicar las disposiciones del presente Acuerdo en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos”. (S. Bergel, *Disposiciones generales y principios...*, 54).¹⁸² Cabe recordar que la protección, control y tutela de los derechos de propiedad intelectual son de obligación de cada Estado, y que este ámbito es territorial sin que al respecto pueda haber lugar al equívoco.

En cuanto a la protección, tutela y control de los derechos que concede una Patente, es lógico que sean las autoridades (administrativas, judiciales e incluso policiales –fuerza pública-) de un determinado país, y solo estas, las que velen por el cumplimiento del derecho conferido a un determinado titular dentro de su respectiva circunscripción territorial. Será la administración de justicia, el control administrativo y la fuerza pública de cada Estado, los llamados a hacer cumplir los derechos que un determinado país, ya sea por decisión propia o por la subscripción de un Tratado Internacional, confiere al titular de una invención registrada. Estas mismas instancias son las llamadas a cuidar las fronteras comerciales y evitar el contrabando en aplicación del sistema de agotamiento que el propio Estado haya escogido, ya sea nacional, regional o internacional.

Entre los mecanismos para asegurar la efectiva protección de los derechos de propiedad intelectual, se puede observar que el Acuerdo ADPIC obliga a introducir sistemas y procedimientos específicos con este propósito, que deberán cumplir con los parámetros básicos que el Acuerdo determina. “Es la primera vez que se han negociado tales normas sobre procedimientos y recursos internos de ejecución y observancia en un sector del derecho internacional” (Nota de la Secretaría de la OMC, *El acuerdo sobre los ADPIC...*, 398). Lo anterior también constituye un elemento que favorece la eficacia de las normas de protección de la propiedad intelectual que introdujo el Acuerdo ADPIC.¹⁸³

¹⁸² “El Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, Acuerdo sobre los ADPIC, que entro en vigor el 1º de enero de 1995, es el acuerdo multilateral más completo sobre propiedad intelectual. Trata de cada una de las principales categoría de derechos de la propiedad intelectual, establece normas de protección y reglas para su observancia, y prevé la aplicación del mecanismo de solución de diferencias de la OMC para resolver los litigios entre los Estados Miembros.” (Nota de la Secretaría de la OMC, *El acuerdo sobre los ADPIC...*, 385-386).

¹⁸³ “Uno de los mayores defectos de los convenios internacionales anteriores era que carecían de normas eficaces para dotar de efectividad y hacer respetar los derechos de propiedad intelectual. Por eso, uno de los objetivos del ADPIC, partiendo del reconocimiento de las diferencias entre los distintos sistemas nacionales, fue proporcionar normas precisas para el efectivo cumplimiento de los derechos de propiedad intelectual, evitando simultáneamente que la aplicación de dichas normas diese lugar a la creación de barreras comerciales.” (J.A. Gómez Segade, *El Acuerdo ADPIC como nuevo marco...*, 70-71).

En cuanto a las normas adjetivas para la defensa, protección, adquisición y mantenimiento de los derechos de propiedad intelectual, el Acuerdo ADPIC determina con detalle las obligaciones de los Estados. Respecto de la adquisición de los derechos de propiedad intelectual, el Acuerdo ADPIC exige trámites y períodos razonables para el efecto. En general prevé que se establecerán sistemas que aseguren principios mínimos en cuanto al accionar de la autoridad competente al interior de los Estados, como la debida motivación, que los actos administrativos se reduzcan a escrito, determinaciones básicas en cuanto a la notificación e impugnabilidad de los mismos (no sólo administrativa, se prevé el principio de revisión judicial), etc. Se determinan nociones básicas en cuanto a las sanciones por violación de los derechos de propiedad intelectual, determinando para estas consecuencias civiles, administrativas y penales (sólo en ciertos temas). Aborda temas específicos respecto al decomiso, la cesación, o destrucción de las mercaderías que infrinjan estos derechos. Regula las medidas en frontera, etc.¹⁸⁴ Para la tutela de los derechos se deberán establecer sistemas justos ágiles y de plazos razonables.

Los proceso contenciosos deberán respetar principios mínimos como la celeridad y proporcionalidad, sus etapas procesales deben contemplar medios para asegurar la aportación de pruebas, diligencias para mejor proveer, entre otros. Se establecen normas básicas para resarcir e indemnizar los daños y perjuicios que la violación de los derechos de propiedad intelectual causen a su titular (incluso se prevé la indemnización de daños y perjuicios al demandante de mala fe). Prevé el establecimiento de medidas cautelares para evitar infracciones y conservar las pruebas, incluso con notificación *ex post* (con afianzamiento), etc.

La mayoría de estas disposiciones caen de suyo dentro de un Estado de Derecho. Cabe recordar que el Acuerdo ADPIC es “convenio de mínimos” y que los Estados podrán establecer normas adjetivas que refuercen los derechos de propiedad intelectual más allá de los mínimos establecidos en el acuerdo, lo cual en este caso es absolutamente viable, siempre en estricto

¹⁸⁴ “Es evidente que del conjunto del ADPIC se deriva una preferencia para combatir la piratería en su origen, es decir, en su lugar de producción, lo que no sólo es mas eficiente, sino también mas justo; pero las medidas en la frontera se hacen necesarias, como ultima barrera de seguridad, cuando no fue posible respetar los derechos de propiedad intelectual en el punto de origen da las mercancías.” (J.A. Gómez Segade, *El Acuerdo ADPIC como nuevo marco...*, 72).

respeto de los principio del trato nacional y nación más favorecida. Tomando en cuenta los objetivos planteados por el régimen global que regula la materia (actualmente el objetivo al que responde el Acuerdo ADPIC es evitar distorsiones en el mercado, básicamente), se puede decir que la norma es relativamente eficiente.¹⁸⁵ “Sintéticamente, podemos decir que éste es un campo (el del derecho adjetivo) en el que la controversia, más que sobre los aspectos puntualmente incluidos en el texto, se dará en su correcto y efectivo cumplimiento por parte de los Estados, porque la percepción de la eficacia del sistema y del ADPIC estará sin duda a ello vinculado.” (B. Kresalja, *El sistema de patentes...*, 234). Desde el punto de vista de las normas adjetivas y no sustantivas que brevemente han sido referidas, poco más se podrá hacer para una aplicación más eficiente. “Sobre estos aspectos no se presentarán mayores diferencias, quedando, como habíamos dicho antes, la discusión centrada en la aplicación de las normas por parte de los Estados.” (B. Kresalja, *El sistema de patentes...*, 234).

Aún así, al concebirse un sistema justo (diferenciación en el plazo de protección aplicando el principio de *cada quien según su capacidad*) la eficacia será mayor. Como sentencia Lester Thurow, “si alguien no puede pensar en cómo hacer cumplir un derecho, no debería ser un derecho”.¹⁸⁶ Para una mayor eficacia resulta más coherente una norma sustantiva axiológicamente concebida –justa–, que una buena norma adjetiva o de procedimiento. Es difícil pedir a las autoridades policiales, administrativas o judiciales de un país pobre, protejan derechos que les afectan económicamente de manera personal, sin que sean palpables de manera mediata los beneficios de tal protección en su sociedad.

Es en virtud de esta consideración, que a lo largo de este estudio se ha manifestado que al plasmar un sistema más justo de protección de las invenciones, se logrará dotar al sistema de una mayor eficacia normativa, entendida como tal la aptitud de la norma para conseguir el resultado deseado. Si el resultado que una norma propende coincide con el interés de quien la aplica o a quien la norma es aplicable, será más fácil de conseguir. Es por tanto que un régimen

¹⁸⁵ El objetivo central es que “los procedimientos de observancia se apliquen de manera que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo”. (Nota de la Secretaría de la OMC, *El acuerdo sobre los ADPIC...*, 398). Este objetivo, en virtud de la implementación de Acuerdo ADPIC, ha sido en gran medida conseguido.

¹⁸⁶ “If someone cannot think of how a legal right can be enforced, it should not be a legal right.” “Thurow, L., *Needed: A new system of intellectual property rights*, en *Harvard Business Review*, Set. Oct., 1997, p.102.” Citado por (B. Kresalja, *El sistema de patentes...*, 279).

de protección de las invenciones axiológicamente coherente coadyuvará, además, con su eficaz aplicación, lo cual traerá como consecuencia se reduzcan las distorsiones en el mercado de los productos protegidos por los derechos de propiedad intelectual.

Bobbio (tal vez el máximo exponente del trinomio de la filosofía jurídica – él introduce en su obra los “tres criterios de valoración” normativa–), al comentar sobre la eficacia normativa nos dice “hay normas que son cumplidas universalmente de manera espontánea (y son las más eficaces); otras se cumplen, por lo general, solo cuando van acompañadas de coacción; otras no se cumplen a pesar de la coacción, y las hay que son violadas sin que ni siquiera se aplique la coacción (y son las más ineficaces)” (N. Bobbio, *Teoría General del Derecho*, 35).

Si bien este reconocido autor italiano manifiesta que el “problema” de la eficacia de una norma no depende del “problema” axiológico de ésta (en este sentido el presente estudio se aparta de su pensamiento), el lograr una mayor eficacia de las normas de protección de la propiedad intelectual en el mundo entero requerirá que éstas se conviertan en de aquellas que son “cumplidas universalmente de manera espontánea”, lo cual se lo conseguirá, según lo anotado en la parte final de este capítulo, con un salto cualitativo en su contenido axiológico. En virtud de la naturaleza inmaterial de la propiedad intelectual, que le es propia, se requiere de un genuino interés de los individuos en respetarla, por lo que no es aventurado manifestar que, para el caso de la propiedad intelectual al menos, a mayor justicia mayor nivel de eficacia normativa. La proporcionalidad es la respuesta.

Conclusión.

El tratadista Kresalja resume de manera adecuada la problemática que ha polarizado a la humanidad de cara a la protección jurídica de las invenciones. “El dilema estará planteado – como ha sido siempre en la historia del sistema de patentes- entre los afanes de quienes quieren patentarlo todo y los que creen necesario atender otros intereses.” (B. Kresalja, *El sistema de patentes...*, 225). Como se lo sostuvo a lo largo del presente estudio, con la introducción del correctivo propuesto estas dos posturas no son irreconciliables; en definitiva la proporcionalidad coadyuvará a concretar las aspiraciones de ambos grupos.¹⁸⁷

En la hipotética aplicación de un sistema construido sobre el principio de *cada quien según su capacidad* o el principio de la proporcionalidad, se producirá un escenario más justo y eficaz de protección a las invenciones, lo cual traerá como consecuencia mayor inversión en investigación y desarrollo, transferencia real de tecnología y evitará, a la par, las distorsiones que de esta protección pueden devenir en el mercado. Estos son objetivos globales que coinciden tanto con los intereses de los países desarrollados como con los intereses de los países en desarrollo.

¹⁸⁷ “Por cierto que habría que batallar para que el nuevo sistema de patentes refleje las necesidades de los países en desarrollo, pero también deberá hacerlo con aquellas de los países desarrollados.” (B. Kresalja, *El sistema de patentes...*, 282).

Como quedó establecido, el presente estudio se refiere al título de mayor trascendencia de la propiedad intelectual: las patentes de invención.¹⁸⁸ De implementarse la propuesta que este estudio propugna, lo cual consolidará a las patentes de invención como derecho universalmente reconocido y aceptado no sólo en la legislación sino en el imaginario del ser humano en general, se fortalecerá a la propiedad intelectual en su conjunto como forma de propiedad.¹⁸⁹ Este es sin dudas un objetivo a perseguir que debe tomárselo en cuenta con la seriedad del caso; recientemente una tendencia a desconocer a la propiedad intelectual ha surgido, incluso desde ciertos Estados, lo cual es alarmante. En materia de patentes, Venezuela ha dado un fuerte golpe al tablero internacional.¹⁹⁰ De no tomarse los correctivos del caso, ojalá que no suceda, esto podría dar pie a una bola de nieve imposible de detener. Tal vez en este momento no se pueda vislumbrar aquello, pero la realidad antes relatada obliga a tomar recaudos.

Desde un punto de vista axiológico la adopción de la propuesta que en estas páginas se esboza, cae por su propio peso. No sería correcto ni necesario que esta nueva concepción sea impuesta por presiones o actitudes como la que ha surgido desde de Venezuela. Si es así, se caería en el equívoco que este documento criticó en cuanto a las presiones que antecedieron a la suscripción del Acuerdo ADPIC. La propuesta planteada, que vale destacar dista mucho de la posición venezolana, se debe nutrir de la fuerza de la razón.

De introducirse el correctivo propuesto en el actual régimen de protección de las invenciones, ciertos países (aquellos con una mejor situación económica) deberán extender los períodos de protección a las invenciones en sus circunscripciones territoriales, mientras otros (los más pobres) verán reducidos los períodos de protección que están obligados a conceder. De plasmarse aquello no sólo que una justicia proporcional sería alcanzada, sino que se

¹⁸⁸ Cabe manifestar que, sin ser aplicables a otros tipos de protección inmaterial las conclusiones que el presente estudio arroja respecto de las modificaciones requeridas en el régimen de la patentes de invención, muchas recomendaciones aquí planteadas sí lo serán respecto a otros ámbitos de la propiedad intelectual. Un minucioso análisis al respecto será necesario antes de trasladar el esquema propuesto a los demás esquemas de protección de la propiedad intelectual en general.

¹⁸⁹ “Ello se complica más aún si tenemos presente que no todos los países tiene la misma concepción sobre los objetivos que deben cumplir los Derechos Intelectuales, pues hay culturas que – a diferencia de la Occidental- consideran que los conocimientos deben pasar a la mayor brevedad al dominio público, sin plantearse con igual rigor la relación causa-efecto entre protección jurídica e incremento de conocimientos. Así, pues, la creación de un nuevo sistema globalizado sólo será posible si existe una extendida aceptación sobre sus características, a pesar de las diferencias que puedan presentarse sobre lo que debe protegerse y como hacerlo.” (B. Kresalja, *El sistema de patentes...*, 277 y 278).

¹⁹⁰ “El 22 de abril de 2006, Venezuela denunció el Acuerdo de Cartagena, cesando desde esa fecha, [...] la aplicación directa y preferente de las normas comunitarias. [...] Desde este momento, cesa la aplicación de la Decisión 486 del Régimen Común sobre Propiedad Industrial y como consecuencia se aplica, de manera integra el texto de la Ley de Propiedad Industrial [...] la cual en su artículo 15 prohíbe el patentamiento de medicamentos de toda especie y preparaciones farmacéuticas medicinales”. “Propiedad Intelectual y Patentes de Medicamentos”, Frente de Trabajadores Socialistas del SAPI, 30/09/08, <http://www.aporrea.org/tecno/a64760.html>.

presenciaría un acontecimiento de generosidad global sin precedentes en la historia de la humanidad. La teoría de Hobbes se probaría incorrecta y la cohesión de la humanidad se vislumbraría nomológica. Seguramente aquí, por ser utópico, está el talón de Aquiles de esta concepción; no sería de sorprender que una vez más el hombre pruebe ser el lobo del hombre.

Cabe manifestar, para despejar cualquier duda al respecto, que con la implementación de esta propuesta no se estaría afectando a los intereses de las compañías multinacionales, que son los principales actores en las innovaciones tecnológicas a la postre útiles para el mundo entero. Muchas veces estas compañías han sido satanizadas por tener en mente un interés económico, lo cual en el fondo no es sino lógico. Claro que es incorrecto que estas incidan en las regulaciones sobre propiedad intelectual, pues sus aspiraciones les llevarán a concretar la normativa que más convenga sus intereses, pero esto no significa que al regular la propiedad intelectual se deba desconocer sus aspiraciones. El régimen planteado deberá promover si no una mayor recompensa económica a las inversiones en investigación y desarrollo de nuevas tecnologías, por lo menos una retribución igual a la que en este momento las empresas multinacionales reciben. Desde la perspectiva de las empresas multinacionales, un año más de duración de la protección de las patentes en los países de la Unión Europea seguramente servirá para cubrir la retribución que aporta toda el África subsahariana por una década.

Con los pies sobre la tierra hay que aceptar que la modificación central que propone el presente estudio será difícil de concretar, no sólo desde un punto de vista técnico jurídico/económico, sino en mayor medida desde la perspectiva geopolítica. Cabe reiterar que la inserción en el Acuerdo ADPIC de la propuesta en estas páginas contenida es absolutamente plausible; por tanto, es un caballo de batalla que no sucumbirá.

El foro para lograr el cambio propuesto es sin dudas la OMC y de manera particular el llamado Consejo de los ADPIC.¹⁹¹ Como dice Kresalja refiriéndose a este Consejo, “deberán todas las personas y entidades interesadas en la propiedad intelectual, sean Estados Miembros,

¹⁹¹ La Sección VII de Acuerdo ADPIC crea el Consejo de los ADPIC como foro para futuras negociaciones. Como lo dice Gómez Segade “el Consejo de los ADPIC se convierte en el instrumento catalizador de cualquier posible incremento de la protección a nuevos campos y materias, y por tanto, en el próximo futuro, asumirá el protagonismo y el liderazgo mundial en el campo de la propiedad intelectual”. (J.A. Gómez Segade, *El Acuerdo ADPIC como nuevo marco...*, 75 y 76). Paralelamente al trabajo que realiza el Consejo de los ADPIC y como apoyo dentro del marco de la OMC, se plantean las llamadas Rondas de Negociación. Toda propuesta deberá ser discutida en estos foros, pero finalmente su aprobación dependerá de la ratificación de la hipotética enmienda por parte de los dos tercios de los miembros la OMC.

compañías, inventores, abogados y agentes, monitorear su actuación, recomendaciones y propuestas.” (B. Kresalja, *El sistema de patentes...*, 236).¹⁹² Aún así, la decisión en última instancia dependerá de la voluntad de los Estados, a los cuales se debe reclamar su implementación. Claro que ningún foro tienen asegurado su permanencia; la propuesta que este estudio plantea deberá buscar ser concretada en el foro que corresponda, sea cual fuere este.

Como se lo refirió en el primer capítulo del presente estudio, actualmente resulta inconcebible un sistema global que asegure una representación democrática en la toma de decisiones. No obstante es factible exigir que las actuales organizaciones internacionales legislen teniendo en cuenta el bienestar general de toda la humanidad.¹⁹³ La máxima expresión de organización social sigue siendo los Estados; en tal virtud será la suma de voluntades de estos la que posibilite un orden internacional determinado.¹⁹⁴ A ellos se les debe exigir que la creación jurídica supranacional este supeditada al bien común de la humanidad toda, lo cual se puede enunciar como el “principio *pro bono humani generis*”.¹⁹⁵

De concretarse este hipotético sistema se logrará, sin que el presente estudio pretenda pecar de optimista, una mayor cohesión mundial. Desde los eventos de la ronda de Seattle, que son de dominio público, la legitimidad de la OMC ha sido duramente criticada. El correctivo que este estudio propone, no sólo que coadyuvaría a una protección de las invenciones más

¹⁹² “Quienes así piensan consideran que debe buscarse más que la ‘reciprocidad bilateral’ exigida por los países desarrollados, la ‘reciprocidad global’ fruto del multilateralismo, ya que apreciaciones individuales sobre lo que es justo y acciones unilaterales para corregir la ‘falta de reciprocidad’, son prácticas inconsistentes con el mantenimiento de un ordenado sistema de comercio internacional.” “K. Meesen, *Intellectual property rights in international trade*, en *Journal of World Trade Law*, Vol. 21, No. 1, 1987, ps. 69 y 70”. Citado por (B. Kresalja, *El sistema de Patentes...*,206). Esta necesidad incluso ha sido planteada por la Asamblea General de las Naciones Unidas desde hace ya mucho tiempo. Este organismo máximo del Derecho Internacional Público Estableció un documento que sería conocido como “La propuesta de un nuevo orden económico mundial” (Sexto período extraordinario de sesiones, mayo de 1974). En su artículo cuarto manifiesta lo siguiente: “El nuevo orden económico internacional debe basarse en el pleno respeto de los siguientes principios: [...] n) El trato preferencial y sin reciprocidad a los países en desarrollo, siempre que sea factible, en todas las esferas de la cooperación económica internacional cuando ello sea posible”.

¹⁹³ Según José Eduardo Faria en la actualidad, como un efecto nocivo de la globalización, se presenta un fenómeno que ha bautizado como neo feudalismo jurídico que comenta se instrumenta a través de un sistema de Organismos Internacionales. Esta situación, que sin lugar a dudas es un retroceso del género humano si se lo compara con los adelantos conseguidos en el marco del Estado Social de Derecho al interior de los Estados, debe ser subsanada. José Eduardo Faria, *El Derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001, p. 264. En igual sentido Stiglitz: “Igualmente preocupante es lo que la globalización puede hacer con la democracia. La globalización, tal como ha sido definida, a menudo parece sustituir las antiguas dictaduras de las elites nacionales por las nuevas dictaduras de las fianzas internacionales”. (*J. Stiglitz, El malestar en la globalización*, 342).

¹⁹⁴ “El mundo desarrollado debe poner de su parte para reformar las instituciones internacionales que gobiernan la globalización”. (J. Stiglitz, *El Malestar en la globalización*, 348). Sin embargo, sin que esto sea aceptables, hay quienes advierten que “el Concepto de un nuevo orden económico ha sido formalmente repudiado por el norte y abandonado resignadamente por el sur”. “Alzamora, C., El combate por el desarrollo y la justicia. Carlos Bedoya. Una visión de los años 90, Mosca Azul, Lima, 1993, p. 121”. Citado por (B. Kresalja, *El sistema de Patentes...*,207).

¹⁹⁵ Segura Munguía, Santiago, *Nuevo Diccionario Etimológico Latín – Español y de las voces derribadas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003. “Pro: por, en delante, a favor”, p. 599. “Bonus, -a, -um: bueno”, p. 81. “Humanitas, -atis: naturaleza humana, humanidad”, p. 343. “Gens, gentis: raza, estirpe”, p. 319.

justa y eficaz, sino que podría servir de ancla para la armonía mundial de los pueblos.¹⁹⁶ La globalización es una inexorable realidad que se manifiesta aún en contra de opiniones opuestas. No se debe prescindir de la globalización como fenómeno cultural (en esto concuerdan la mayoría de estudios sobre el tema), pero sí es necesario modificar su concepción.¹⁹⁷

Los objetivos y principios que en estas páginas fueron referidos como objetivos y principios globales de la propiedad intelectual (válidos para los países desarrollados y en vías de desarrollo), constan en el propio Acuerdo ADPIC. Estos constituyen una comunidad internacional de valores.¹⁹⁸ La introducción de un plazo de protección diferenciado en virtud de la capacidad económica de los distintos Estados, no sólo se que encuentra comunión con los principios y objetivos de Acuerdo ADPIC, sino que los potencia. Son objetivos y principios esenciales en un régimen de patentes bien estructurado la promoción de la investigación y desarrollo (mediante una recompensa adecuada y proporcionalmente aportada), el incentivo a la competitividad (instrumentado mediante la libre circulación mundial de derechos de propiedad intelectual), la divulgación de conocimiento y la transferencia de tecnología (lo cual se logrará de manera óptima, como fue anotado, al introducir el principio de proporcionalidad),

¹⁹⁶ Remiche y Desterbecq, respecto de las Patentes de Invención por ejemplo, exhortan encontrar un equilibrio armónico. Al respecto manifiestan: "Por consiguiente, si bien sistemas jurídicos tan específicos como los de patentes, comercio internacional, salud y desarrollo no pueden interpretarse fácilmente, pueden sin embargo tornarse lo suficientemente compatibles como para que entre ellos surja un equilibrio, tal vez frágil, pero muy deseable". (B. Remiche y H. Desterbecq, *Las patentes farmacéuticas...*, 328).

¹⁹⁷ Como lo dice Stiglitz la globalización en si misma no es ni buena ni mala; pero añade que "el propio esquema mental en torno a la globalización debe modificarse". (J. Stiglitz, *El Malestar en la globalización*, 341).

¹⁹⁸ Remiche y Desterbecq manifiestan que los principios y objetivos son una "comunidad de valores a nivel mundial" constantes en la declaración que para el efecto contempla el Acuerdo ADPIC lo cual "puede entreverse obviamente en expresiones tales como 'beneficio recíproco', pero también en la última frase, que se refiere a favorecer 'un equilibrio de derecho y obligaciones'. Estos derechos y obligaciones son los de los titulares de los derechos de propiedad intelectual y, como corolario, los de la colectividad mundial. [...] En conclusión, los principios generales (o "fundamentales") del Acuerdo (sobre todo los arts. 7 y 8) contribuyen a hacer de la OMC una comunidad de valores antes que un lugar de confrontaciones de países o de bloques". (Remiche y Desterbecq, *Las Patentes farmacéuticas...*, 287 y 288). Más aún, constituyen "un contrato social a escala internacional". (Remiche y Desterbecq, *Las Patentes farmacéuticas...*, 328). En virtud de lo anterior concluyen que se debe interpretar al Acuerdo ADPIC en aplicación de los principios constantes en él; incluso llegan a manifestar que será posible (a demás de deseable) contradecir disposiciones expresas del Acuerdo en aplicación de estos principios y objetivos, cuando esta interpretación guarde compatibilidad con ellos. "El término 'compatible' hay que entenderlo o interpretarlo de manera general y no extensiva, por lo que significa que se debe respetar el espíritu del ADPIC, y no respetar al pie de la letra el contenido del ADPIC [...] En efecto, si el término 'compatible' debe ser interpretado de manera extensiva, anulando la libertad reconocida, el principio general pierde todo sentido." Al aplicar este razonamiento a una circunstancia práctica concreta, por ejemplo, manifiestan que sería posible "en base a lo que dispone el artículo 30, permitir el rechazo de una patente de determinados medicamentos vitales; no sería una discriminación en cuanto al sector tecnológico (no todo un sector) solo a determinado tipo de medicamentos 'en función de su naturaleza indispensable para la salud pública'". (Remiche y Desterbecq, *Las patentes farmacéuticas...*, 286-301). Si bien esto tiene fundamento lógico, una interpretación amplia de los principios (la cual proponen incluso podría contradecir el tenor literal de la norma) podría dar lugar a enormes disputas. "En síntesis, consideramos que los principios generales del Acuerdo deben permitir pasar por alto algunas regulaciones particulares del mismo, tales como la no discriminación entre productos importados y productos de origen nacional, o respecto del sector tecnológico. Es cierto que la disposición general del artículo 8 fija una condición: la compatibilidad entre las medidas tomadas y las disposiciones del Acuerdo; pero es importante evitar caer en el círculo vicioso al que podría llevar una interpretación estrictamente literal de esta condición. La disposición del artículo 8 dejaría de ser un principio general y ya no tendría más razón de ser si esto no fuera así." (Remiche y Desterbecq, *Las patentes farmacéuticas...*, 301). Este es un recurso al que se deberá recurrir en última instancia, si ciertas pretensiones justas y plausibles, coherentes con el actual sistema no son tomadas en cuenta. Sin embargo, lo óptimo será que los principios y objetivos del Acuerdo ADPIC no sólo aseguren interpretaciones prácticas compatibles con ellos, sino que sirvan de fundamento para cambios esenciales en el propio Acuerdo, como la introducción de la proporcionalidad en cuanto al plazo de protección que concede una patente.

y la disminución de las distorsiones en el mercado que una regulación dispar produce (lo cual se consigue mediante la homologación de la normativa relativa a la propiedad intelectual).

Se debe manifestar que la insoslayable pobreza extrema que afecta a algunas regiones del globo y el consiguiente insuficiente acceso a las invenciones de las poblaciones que sufren esta realidad, ha sido objeto de preocupación de la OMC. Basta dar un vistazo a la Declaración de Doha para comprender la denuncia al actual sistema; lamentablemente la muy bien intencionada Declaración de Doha, no pasa de ser una “revelación” acusativa de hechos alarmantes, sin llegar a ser una real y concreta solución.¹⁹⁹ Sin ser parte de los objetivos declarados expresamente en el Acuerdo ADPIC, se entiende incorporado a él la preocupación que fuera expresada por la OMC en Doha, respecto de la salud y la pobreza extrema.

El insertar en el actual régimen de la protección a las invenciones el principio de proporcionalidad, será una útil herramienta para disminuir la brecha entre los países ricos y los países pobres. Lo anterior no se conseguirá por simple gracia de la norma, obviamente. Sin embargo, será alentador que los distintos pueblos puedan plantearse este objetivo amparados en una normativa global que realmente les permita hacerlo; el resto estará en sus manos.²⁰⁰

¹⁹⁹ La Declaración de la Cuarta Conferencia Ministerial, celebrada en Doha (Qatar) en noviembre de 2001, contiene el mandato para las negociaciones en el marco de la OMC; entre varias cuestiones se determina aquellas relativas a la aplicación de los acuerdos ADPIC; concretamente en su sección 11 al comentar los aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio, insta a un mecanismo de Transferencia de tecnología a los países menos adelantados, además de referirse a los temas de salud pública. “Explicación de la Decisión de Doha relativa a la aplicación”, Organización Mundial de Comercio, OMC, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dda_s/implement_explained_s.htm. Como lo manifiesta Stiglitz, “en Doha, los países en desarrollo acordaron empezar a discutir una agenda comercial más justa, pero aún quedan por corregir los desequilibrios del pasado”. (J. Stiglitz, *El malestar en la globalización*, 346). En algo se ha avanzado en este sentido, cabe reconocer. Tal como lo reseña un boletín de prensa de la OMC “el 6 de diciembre de 2005 los Miembros de la OMC aprobaron modificaciones del Acuerdo sobre propiedad intelectual [...] se enmendará por primera vez un Acuerdo fundamental de la OMC” que tiene como objetivo facilitar “a los países más pobres la obtención de versiones genéricas de medicamentos patentados [...] Ahora esto quedará formalmente incorporado en el Acuerdo sobre los ADPIC cuando dos tercios de los Miembros de la OMC hayan ratificado la enmienda”. “Entender la OMC: La Organización, Miembros y Observadores”, Organización Mundial de Comercio, OMC, http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm. Son esfuerzos rescatables, pero en el fondo insuficientes.

²⁰⁰ “El avance científico y tecnológico proveniente del exterior, por fenomenal y grandioso que sea, no puede hacer olvidar que la esencia de su éxito reside en la existencia de hombres libres, que con carácter y optimismo enfrentan a su destino, materia en la cual todos los pueblos pueden, si así se lo proponen, dar adecuada respuesta [...] Pero así como ha habido un desplazamiento en el equilibrio del poder militar, el cambio ha sido aún más dramático en el equilibrio del poder intelectual.” (J. Stiglitz, *El malestar en la globalización*, 74).

Bibliografía.

- “Applicability of 75% Reduction in Certain PCT Fees”, The World Intellectual Property Organization (WIPO), http://www.wipo.int/pct/en/fees/fee_reduction.pdf.
- Bercovitz, Alberto, *El derecho de autor en el acuerdo TRIPs*, en Temas de derecho industrial y de la competencia, Vol. I, Propiedad Intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997.
- Bercovitz, Alberto, *Los requisitos de patentabilidad en el derecho alemán*, Madrid, Editorial Medioevo, 1969.
- Bergel, Salvador, *Disposiciones generales y principios básicos del acuerdo TRIPs del GATT*, en Temas de derecho industrial y de la competencia Vol. I, Propiedad Intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997.
- Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Madrid, Editorial Debate, 1992.
- Cabanellas, Guillermo, *Derecho de las Patentes de Invención*, Tomo II. Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2001.
- Casado Cerviño, Alberto, *Derecho de marcas y protección de los consumidores*, Madrid, Editorial Tecnos, 2000.
- Casado Cerviño Alberto, y Cerro Prada, Begoña, *Orígenes y alcances del acuerdo TRIPs. Incidencia en el derecho español*, en Temas de derecho industrial y de la competencia, Vol. I, Propiedad Intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997.

- Colas Albert, y Reibel Charles, *El problema de la armonización de las legislaciones de Patentes de Invención. Estudio de las condiciones de seguridad jurídica en materia de patentes. Los criterios de patentabilidad y su aplicación por las administraciones y por los tribunales*, en Trad. de Monique Lions Signoret, páginas 581 a 596, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/42/art/art2.pdf>.
- Correa, Carlos, *Acuerdo TRIP's – Régimen Internacional de la Propiedad Intelectual*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.
- Correa, Carlos, et al., *Derecho de Patentes*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- Correa, Carlos, *Instrumentación del acuerdo TRIPs en Latinoamérica. Armonización vs. diferenciación de los sistemas de Propiedad Intelectual*, en Temas de derecho industrial y de la competencia, Vol. I, Propiedad Intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997.
- Correa Carlos, y Bergel Salvador, *Patentes y competencia* Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.
- Dhar Biswajit, y Rao C. Niranján, *La vinculación de los derechos de Propiedad Intelectual con el comercio*, en Temas de derecho industrial y de la competencia, Vol. I, Propiedad Intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997.
- Durkheim, Emile, *Formas del derecho en relación con formas de la solidaridad social*, en Vilhem Aubert, en Extractos de Emile Durheim, *De la division du travail social*, Caracas, Tiempos Nuevos, 1971.
- “Entender la OMC: La Organización, Miembros y Observadores”, Organización Mundial de Comercio, OMC, http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm.
- “Explicación de la Decisión de Doha relativa a la aplicación”, Organización Mundial de Comercio, OMC, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dda_s/implement_explained_s.htm.
- Faria, José Eduardo, *El Derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001.
- Fernández-Nóvoa, Carlos, *Tratado sobre derecho de marcas*, Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001.
- Freudenheim, Milt, “Congress on Drug Push in Prices”, en The New York Times, New York, 26 de noviembre de 1991, Business and Health. <http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9D0CEEDA1439F935A15752C1A967958260>
- García-Huidobro Amunátegui, Vladimir. *Legislación sobre Propiedad Industrial*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- Geller, Paul Edward, *La Propiedad Intelectual en el mercado mundial: impacto del sistema de solución de controversias del ADPIC*, en Temas de derecho industrial y de la competencia, Vol. I, Propiedad Intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997.
- Gómez Segade, José Antonio, *El Acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la propiedad industrial e intelectual*, en Actas de Derecho Industrial, t. XVI, Madrid, 1994-1995.
- Gómez Velasco, Xavier, *Patentes de Invención y derecho de la competencia económica*, Quito, Ediciones Abya –Yala, 2003.
- Habermas, Jürgen, *Factibilidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.

- Hardman Joel, y Lee Limbird, *Las Bases Farmacológicas de la Terapéutica* Vol. I, México, Goodman & Gilman, McGraw-Hill Interamericana, Novena Edición, , 1996.
- Kresalja, Baldo, *El sistema de Patentes después del ADPIC: comentarios y reflexiones sobre su futura eficacia*, en Temas de derecho industrial y de la competencia Vol. IV, Propiedad Intelectual en Iberoamérica, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 2001.
- “Los Miembros dan su visto bueno a una enmienda que da carácter permanente a la flexibilidad en materia de salud”, Organización Mundial de Comercio, OMC, Comunicados de prensa 2005, diciembre de 2005, http://www.wto.org/spanish/news_s/pres05_s/pr426_s.htm.
- Mir Puigpelat, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Madrid, Thomson Civitas, 2004.
- Moscoso Álvarez, Raúl, *Propiedad Intelectual e innovación tecnológica en el Ecuador*, Quito, Editorial Abya-Yala, 2000.
- Nota de la Secretaría de la OMC, *El acuerdo sobre los ADPIC: visión general*, en Temas de derecho industrial y de la competencia, Vol. I, Propiedad Intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997
- Nicoliello, Nelson, *Diccionario del Latín Jurídico*, Lanús Este, Euros Editores, 2004.
- “Oferta de tecnología a través de licencias de pleno derecho”, Oficina Española de Patentes y Marcas, <http://www.oepm.es/internet/inftecn/oferta.htm>.
- “Organización Mundial del Comercio”, en Wikipedia, la enciclopedia libre!, Edición en español, iniciada en el 2001, http://es.wikipedia.org/wiki/Organización_Mundial_del_Comercio.
- Pérez Miranda, Rafael, *Marco internacional del régimen jurídico de la propiedad industrial en México*, en Temas de derecho industrial y de la competencia, Vol. I, Propiedad Intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997.
- Plazas Vega, Mauricio A., *Del realismo al trailismo jurídico*, Monografías jurídicas, Editorial Témesis, Bogotá, 1998.
- Proceso 03-514 RA, Comité de Propiedad Intelectual, Industrial y Obtenciones Vegetales, IEPI, Ecuador, Acromax v.s. Cia Glaxo Group Limited.
- “Propiedad Industrial”, en Gran Enciclopedia Rialp, Sexta edición, Madrid, 1991. http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=5315&cat=economia.
- “Propiedad Intelectual y Patentes de Medicamentos”, Frente de Trabajadores Socialistas del SAPI, 30/09/08, <http://www.aporrea.org/tecno/a64760.html>.
- Remiche Bernard, y Desterbecq Hélène, *Las Patentes farmacéuticas en los acuerdos del GATT*, en Temas de derecho industrial y de la competencia, Vol. I, Propiedad Intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997.
- Roffe, Pedro, *El acuerdo TRIPs y sus efectos: el caso de los países en desarrollo*, en Temas de derecho industrial y de la competencia Vol. I, Propiedad Intelectual en el GATT, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 1997.
- Segura Munguía, Santiago, *Nuevo Diccionario Etimológico Latín – Español y de las voces derivadas*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003.

Stiglitz, Joseph E., *El malestar en la globalización*, México, Taurus, 2002.

Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena dentro del proceso 1-AI-96. Acción de incumplimiento interpuesta por la Junta del Acuerdo de Cartagena contra el Ecuador.

Tribunal Andino de Justicia, Proceso 34-AI-2001. Acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaria General de la Comunidad Andina en contra del Ecuador.

UNFPA, Estado de la población mundial 2005, “La promesa de igualdad, equidad de género, y objetivo de desarrollo del milenio”, Fondo de Población de las Naciones Unidas, http://www.unfpa.org/swp/2005/pdf/sp_swp05.pdf.

“Wagner plantea buscar equilibrio entre el interés público y privado en tema de medicamentos”, Nota de Prensa, Comunidad Andina, Lima, julio 2004, <http://www.comunidadandina.org/prensa/notas/np5-7-04.htm>.

“WTO Analytical Index: TRIPS Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights”, Interpretation and Application of Article 33. http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/trips_02_e.htm#article33.