

# T ratados de libre comercio, derechos de propiedad intelectual y brecha de desarrollo: dimensiones de política desde una perspectiva latinoamericana

F. C. Sercovich

Unidad de Comercio Internacional e Industria

México, D. F., junio de 2008



CEPAL



SESENTA AÑOS CON AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE



Canadian International  
Development Agency

Agence canadienne de  
développement international

Este documento fue preparado por Francisco C. Sercovich, consultor de la Unidad de Comercio Internacional e Industria de la Sede Subregional de la CEPAL en México, en el marco del proyecto “Fortalecimiento de las capacidades relacionadas con el comercio en las Américas” (CAN/05/002).

Las opiniones expresadas en este documento son de exclusiva responsabilidad del autor y pueden no coincidir con las de la Organización.

---

Publicación de las Naciones Unidas

ISSN versión impresa 1680-8800      ISSN versión electrónica 1684-0364

ISBN: 978-92-1-323208-8

LC/L.2912-P

LC/MEX/L.865

N° de venta: S.08.II.G.47

Copyright © Naciones Unidas, junio de 2008. Todos los derechos reservados

Impreso en Naciones Unidas, México, D. F.

---

La autorización para reproducir total o parcialmente esta obra debe solicitarse al Secretario de la Junta de Publicaciones, Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, N. Y. 10017, Estados Unidos. Los Estados miembros y sus instituciones gubernamentales pueden reproducir esta obra sin autorización previa. Sólo se les solicita que mencionen la fuente e informen a las Naciones Unidas de tal reproducción.

## Índice

---

<b>Resumen</b> .....	5
<b>Introducción</b> .....	7
<b>I. La evidencia</b> .....	11
1. Encuadre histórico. Tendencias actuales en los países industriales avanzados .....	11
2. Estatus de los compromisos adquiridos y sus principales desafíos .....	16
<b>II. Discusión de políticas</b> .....	33
1. TLC y DPI: restricciones .....	33
2. La fuerza de los regímenes del DPI, aprendizaje tecnológico local y desarrollo económico .....	34
3. DPI y las políticas industrial, de ciencia y tecnología y de innovación .....	36
4. Opciones de política pública de innovación dentro del marco jurídico global. Experiencia sudasiática previa a la entrada en vigencia del ADPIC y su enfoque actual .....	37
<b>III. Consideraciones finales: tendencias en el flujo global         internacional de conocimientos y la formación de         capacidad global</b> .....	39
<b>Bibliografía</b> .....	43
<b>Anexo: Acrónimos y abreviaturas</b> .....	47
<b>Serie Estudios y perspectivas, México: números publicados</b> .....	49

**Índice de cuadros**

Cuadro 1	Temas controversiales críticos con los países latinoamericanos incluidos en las listas de vigilancia del Representante Comercial de Estados Unidos .....	19
Cuadro 2	Tratados bilaterales de inversión de Estados Unidos con países de América Latina y el Caribe.....	20
Cuadro 3	ADPIC-PLUS en los TLC en América Latina.....	23

**Índice de recuadros**

Recuadro 1	Informes especiales 301 del USTR: Fortalecimiento y ampliación del ámbito de los DPI.....	18
Recuadro 2	Licenciamiento compulsivo de patentes y salud.....	22
Recuadro 3	Un caso paradigmático de contracorriente: El <i>software</i> de “fuente abierta” .....	32

## Resumen

---

Los países en desarrollo han liberalizado gran parte de su comercio y, por conducto de Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Vinculados al Comercio (ADPIC), también han incluido normas estrictas sobre la protección de la propiedad intelectual. Sin embargo, desde una perspectiva del desarrollo económico, las normas de ADPIC imponen restricciones que no existían en el momento en que los ahora países más industrializados se desarrollaban.

Por medio de los tratados de libre comercio, tanto Estados Unidos como la Unión Europea han restringido aun más las opciones de política pública para la innovación, ya que incluyen regulaciones más estrictas que el ADPIC en materia de protección de la propiedad intelectual. Este trabajo intenta responder a la pregunta ¿hacia dónde han encaminado los tratados de libre comercio (TLC) la agenda de los derechos de propiedad intelectual (DPI) y la agenda de innovación, y cuáles son las opciones de política de innovación que subsisten?



## Introducción

---

La firma de los acuerdos de la Ronda Uruguay en 1995 dejó en la mayoría de los países en desarrollo la sensación de que se los había empujado hacia la liberalización de los flujos de comercio, inversión y tecnología, más allá del nivel para el cual estaban históricamente preparados. Esta percepción se agravó, desde luego, por la falta de reciprocidad de los países más industrializados en lo que atañe al sector agrícola. La contradicción, sin embargo, radica en que desde la perspectiva del curso de los sucesos posteriores a la conclusión de esos acuerdos, en especial el relativo a los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio (ADPIC), este último parece ahora más bien benigno a grandes rasgos a pesar de que la apreciación del grueso de los países en desarrollo en su momento había sido muy distinta.

Los artículos 7 y 8 del acuerdo sobre los ADPIC expresan:

“La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual (DPI) deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones... Los Miembros, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, podrán adoptar las medidas necesarias para... promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo. Podrá ser necesario aplicar medidas apropiadas, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo,

para prevenir el abuso de los DPI por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología.”

El acuerdo deja, por tanto, bien establecido que:

- 1) Los regímenes de los DPI deben aportar al desarrollo de la innovación tecnológica la difusión de conocimientos y el desarrollo socioeconómico.
- 2) Por consiguiente, los países podrán adaptar sus regímenes de DPI con arreglo a sus propias necesidades de desarrollo y con objeto de prevenir abusos y prácticas restrictivas.
- 3) Se reconoce así un principio de reciprocidad en cuanto al beneficio que extraigan oferentes y demandantes de conocimientos.

Cabe subrayar que estos principios fueron acordados por el conjunto de los países miembros de la Organización Mundial de Comercio (OMC), y no han sido denunciados formalmente por ninguno de ellos. Sin embargo, el tiempo y las fuerzas inerciales de la competencia global los estarían sumergiendo en el olvido.

Así, el artículo 8 del Tratado Modelo Bilateral de Inversiones de Estados Unidos, país que ejerce cierto liderazgo entre los países más industrializados con respecto a las políticas que se siguen en la materia, estipula:

“Ninguna parte podrá, en conexión con el establecimiento, adquisición, expansión, gerencia, conducción, operación o venta u otra disposición de una inversión de un inversor de una Parte o de una no-Parte en su territorio, imponer o establecer ningún requerimiento o establecer ningún compromiso u obligación: ...a transferir una tecnología en particular, un proceso de producción, u otro conocimiento propietario a una persona en su territorio.” (Traducción libre del autor).

Con este modelo, que sirvió de marco en las negociaciones desde 1995 en adelante, lejos de procurar conciliar los objetivos comerciales del empleo de activos tecnológicos de empresas de Estados Unidos en países extranjeros, con los intereses de estos últimos por su propio desarrollo, se avanzó hacia su disociación, generándose así una brecha entre aquellos objetivos y los compromisos asumidos en el acuerdo multilateral sobre los ADPIC.

Pese a que fueron acompañados de un aumento sin precedente de los flujos de comercio y de capitales, los acuerdos de liberalización de los intercambios internacionales de la Ronda Uruguay no han rendido los frutos esperados por la comunidad internacional en materia de reducción de las brechas del desarrollo. La Ronda de Doha (RD), por su parte, también ha visto frustradas hasta ahora las expectativas con que nació, a raíz del incumplimiento de compromisos pendientes.<sup>1</sup> En este informe se pregunta: ¿hacia dónde han encaminado los tratados de libre comercio (TLC)

---

<sup>1</sup> Fundadas en la esperanza de que se superarían las falencias de su predecesora, merced al cumplimiento de compromisos postergados y a la inclusión de una “Agenda de desarrollo”, las negociaciones de la RD colapsaron en 2006. Resta tan sólo una frágil ventana de oportunidad para cumplir las promesas empeñadas, especialmente en materia de reducción de tarifas y subsidios. De no producirse progresos sustantivos, esa ventana se cerraría hacia la primavera boreal de 2007, cuando expire la actual autoridad para promoción del comercio concedida por el Congreso de Estados Unidos. Según Jawara y Kwa (2004), como contrapartida de aceptar la RD y para evitar la reiteración de los sesgos de los acuerdos de la Ronda Uruguay, se hicieron tres promesas a los países en desarrollo: a) una agenda de desarrollo sería la base de las nuevas negociaciones; b) el consenso explícito sería prerrequisito de la negociación de nuevos acuerdos comerciales relativos a la transparencia en las compras estatales, la facilitación del comercio, la competencia y la inversión (los “temas de Singapur”), y c) habría un acuerdo respecto de una declaración ministerial sobre el acuerdo de los ADPIC y la salud pública, relativo a los problemas de acceso a medicinas esenciales y centrado en la autorización del licenciamiento compulsivo. Jawara y Kwa sostienen que las tres promesas fueron inservibles.



bilaterales y regionales, cuyo número ha aumentado notablemente en el último lustro, la agenda de los DPI y la agenda de innovación?<sup>2</sup>

Se evalúa, asimismo, la influencia de los DPI, acuerdos conexos y respectivas tendencias evolutivas, desde la perspectiva de la estrategia de industrialización y del desarrollo de las capacidades tecnológicas domésticas en los países en desarrollo, con especial, aunque no exclusiva, referencia a países seleccionados de América Latina y el Caribe.<sup>3</sup> A tal efecto, se presta particular atención a las tendencias en la frontera del conocimiento científico y tecnológico, y las características cambiantes del respectivo marco institucional, así como a la experiencia de los países del Asia sudoriental en sus exitosas políticas de estrechamiento acelerado de las brechas de capacidad tecnológica, productividad e ingreso.

Entre los mensajes principales del informe, cabe subrayar sucintamente tres.

En primer lugar, los países en desarrollo en general, y los de América Latina y el Caribe en particular, deberían abstenerse de proseguir contrayendo compromisos relativos a los DPI sin efectuar previas evaluaciones que permitan estimar con un margen aceptable de certidumbre el impacto económico y social resultante.

En segundo término, las reivindicaciones de los países de industrialización tardía en el campo de los DPI no deberían ser por omisión, o de carácter residual, o para casos en que sean necesarias sanciones punitivas por abuso de poder monopolístico de los detentadores de los derechos. Es preciso proceder a una reafirmación sobre fundadas bases históricas y económicas de los derechos de los países en desarrollo en materia de acceso al conocimiento.

Finalmente, es necesario despejar el conflicto entre el reconocimiento de la importancia vital de las variables vinculadas con el conocimiento para la reducción de las inequidades del sistema económico internacional actual, por una parte, y las prácticas de política basadas en modelos de optimización paretiana, por la otra. Para hacerlo es necesario tomar debida nota de las lecciones que se derivan de la experiencia de los países de *catching-up* tardío exitoso y emprender iniciativas que revaloricen la calidad del (reducido) espacio de políticas públicas posterior a la Ronda Uruguay, jerarquizando la formación de capacidades domésticas estrechamente vinculadas con el desarrollo de sistemas locales públicos y privados de conocimiento y listando plenamente también la capacidad de negociación disponible con objeto de resguardar esa prioridad.

Lejos de las implicaciones que se derivan de enfoques como el del tratado modelo bilateral citado, no hay nada trivial en los fenómenos relativos a la transmisión de conocimiento tecnológico a través de las fronteras nacionales. Sin la formación de capacidades domésticas, poco es el provecho que los países receptores podrían extraer. Esto plantea una cuestión de prioridades y secuencias. El alcance y efectividad del estímulo que los DPI den a la movilización de la actividad inventiva e innovadora local dependen del nivel de desarrollo de las respectivas capacidades y de la maduración de sus sistemas de innovación. Históricamente, la prioridad no ha sido el marco legal de los DPI, sino las capacidades a cuyo desempeño ese marco legal auxilia. El desarrollo de los DPI vino después. En el caso de los países en desarrollo de hoy, este vínculo de prelación está siendo invertido, generándose así una asimetría a favor de aquellos países que ya disponen de las

---

<sup>2</sup> Durante el último lustro Estados Unidos ha iniciado 11 acuerdos bilaterales y regionales de libre comercio con 23 países. Cabe apuntar que los TLC y de inversiones bilaterales y regionales están llamados a *complementar* los tratados multilaterales, *no a reinterpretarlos y corregirlos*. Como se verá, tal no ha sido necesariamente el caso en la práctica. Desde 1994 se firmaron más de 175 TLC bilaterales y regionales (WTO, 2000), mientras que hacia comienzos de 2005 se estaban llevando a cabo 240 negociaciones con ese propósito (Hong Byeong-gee, 2006). Hasta 1994 el total acumulado de tratados regionales y bilaterales desde 1950 ascendía a 250.

<sup>3</sup> Los países en cuestión son: Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú y República Dominicana.

capacidades innovadoras y de investigación y desarrollo (I&D), cuyo desempeño se intenta estimular.

Tras un breve encuadre histórico y una síntesis de las tendencias relevantes de largo plazo, en el capítulo I se concentra la exposición sobre la evidencia empírica. En el segundo capítulo se comienza con una apretada síntesis de los aspectos principales evaluados en el título anterior, para enfocarse luego a las implicaciones de política. En el capítulo III se presentan las consideraciones finales.

## **I. La evidencia**

---

### **1. Encuadre histórico. Tendencias actuales en los países industriales avanzados**

El iluminismo identificó uno de los prerequisites vitales de desarrollo capitalista, esto es, la apertura inclusiva de la sociedad en su conjunto al desarrollo y difusión del conocimiento científico y tecnológico. Sin esta precondition, el capitalismo nunca habría alcanzado el dinamismo con que impulsó el desarrollo económico de las sociedades hoy avanzadas.

Joseph Schumpeter observó la incesante reproducción del proceso por el cual múltiples fuentes de generación de innovaciones de productos, procesos, formas de organización y de apertura de nuevos mercados, confrontan sus hallazgos de manera convergente y reiterada, sometándose a una selección a posteriori. Esto le inspiró su enfoque evolutivo del desarrollo capitalista temprano fundado en la actividad innovadora de empresas en competencia recíproca.

Richard Nelson ha apuntado que: “La libertad para el ejercicio de la experimentación creativa es una de las grandes virtudes de diseño

del capitalismo”<sup>4</sup> Ésta ha sido, en efecto, una de las claves del desarrollo del capitalismo desde la revolución industrial, y aun con anterioridad, con la apertura de las grandes rutas comerciales al Oriente y al continente americano.

Un corolario que de ello se deriva es que restringir, en lugar de fomentar, el desarrollo de la capacidad de experimentación creativa de una economía puede poner en riesgo su desarrollo potencial. También se infiere que el fortalecimiento de los DPI, en la medida en que se traduzca en reducciones de la competencia actual y potencial, y en obstáculos a la difusión del conocimiento y el ejercicio de la creatividad, conlleva importantes costos económicos y sociales netos y acentúa las disparidades económicas nacionales e internacionales.

Tras la revolución industrial, la efectiva transferencia de tecnología desde el Reino Unido y los Países Bajos fue crítica para la convergencia de los países de industrialización tardía de entonces; esto es, el resto de Europa y Estados Unidos.

El principal conducto de esa transferencia en aquella época (la emigración de personal calificado, a veces apoyada por los gobiernos) permitió neutralizar por un tiempo las medidas impuestas por los países líderes de entonces, como las restricciones a la emigración y a la exportación de equipos. Aun con tecnologías relativamente simples y abundantes vías informales de transferencia, la reducción de las brechas de productividad no era en ese entonces empresa fácil, y demandaba prolongados períodos, entre otras cosas, por falta de infraestructura de ciencia y tecnología.<sup>5</sup> Los DPI empezaron a incidir de manera significativa recién a mediados del siglo XIX. Pero la protección era débil, especialmente para residentes extranjeros. Además, pocos regímenes protegían los productos químicos y farmacéuticos.<sup>6</sup>

La figura del licenciamiento compulsivo, adoptada en su momento por el Reino Unido y Estados Unidos, fue introducida por el Congreso de Viena (1873). Hasta el Congreso de París (1878), el principio del licenciamiento compulsivo en el interés público gozaba de amplia aceptación.

Las convenciones de París (1883) y de Berna (1886), con sus respectivas revisiones, fueron fortaleciendo, “universalizando” y ampliando gradualmente la cobertura de los regímenes de protección de los DPI.

No obstante, los países avanzados continuaron sus viejas prácticas de maximización del aprovechamiento del conocimiento accesible internacionalmente hasta bien entrado el siglo XX (Suiza y los Países Bajos carecían de un régimen de patentes hasta entonces, en tanto que Estados Unidos y Alemania desconocieron los derechos de autor hasta fines del siglo XIX).

Hasta una época reciente se reconocía el legítimo derecho de hacer experimentación creativa e ingeniería inversa como recurso vital para promover el aprendizaje tecnológico doméstico, fomentar la competencia, socavar gradualmente el poder monopolístico de los *first-comers* y acortar las brechas del desarrollo. Entre las racionalizaciones destinadas a contrarrestar este

<sup>4</sup> “Opening to experimental tinkering is one of the greatest design virtues of capitalism” (Nelson, 1990). Podría argüirse que esta interpretación del capitalismo se aplica más a sus etapas tempranas que a su desarrollo ulterior, como Schumpeter mismo habría advertido. Edmund Phelps, premio Nobel de economía, subraya el mismo punto que Nelson, en ocasión de la justificación de su rechazo a la ortodoxia económica neoclásica ante el Comité Nobel, por hacer caso omiso de atributos distintivos de la economía moderna: incertidumbre endémica, ambigüedad, diversidad de creencias, especialización del conocimiento y solución de problemas ([http://nobelprize.org/nobel\\_prizes/economics/laureates/2006/phelps-lecture.html](http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2006/phelps-lecture.html)).

<sup>5</sup> La significación de esta historia, preñada de enseñanzas, llama a un estudio más detenido. Véase Bruland, 1991; Cipolla, 1993; Chang, 2001; Harris, 1998; Jeremy, 1981; Landes, 1969; Penrose, 1951; Reinert, 1995; Schiff, 1971; Sokoloff y Khan, 2000 y Williams, 1896.

<sup>6</sup> Durante los siglos XVIII y XIX los inventores debían solicitar patentes *simultáneamente* en todos los países donde deseaban que sus derechos fuesen reconocidos. De otro modo, ninguno de los países, excepto el primero al cual se le solicitaba la patente, la reconocería dado que se consideraba que la primera solicitud destruía la novedad de las solicitudes subsiguientes. El problema de la falta de protección global era tan grave que los inventores sabotearon la exhibición internacional de inventos de Viena en 1873 por miedo a perder sus derechos de patente.

enfoque se incluye la trivialización de los desafíos involucrados en la reducción, y aun el cierre, de las brechas del desarrollo. Ello viene acompañado por una concepción facilista del *leapfrogging* (o salto tecnológico), el cual permitiría transitar de las economías atrasadas a altos niveles de modernidad de manera súbita a partir de políticas limitadas a la apertura a los movimientos de capital, el libre funcionamiento de los mercados y el suministro de bienes públicos genéricos.<sup>7</sup>

La realidad histórica muestra que las diferencias de productividad e ingresos entre países ricos y pobres no han dejado de acentuarse y consolidarse desde la RU, lo cual desmiente persuasivamente la interpretación “facilista” del desafío que afrontan los países en desarrollo, particularmente en el caso latinoamericano.<sup>8</sup>

Durante el período 1960-2000 la mayoría de las naciones en desarrollo han venido sufriendo deterioros en su ubicación respecto del promedio agregado de producto interno bruto (PIB) per cápita, en tanto que los países líderes han venido consolidando su liderazgo (UNIDO, 2005, p. 40).

El problema se agrava por las tendencias hacia la reducción de los ya menguados grados de libertad de políticas ocasionada por acontecimientos posteriores a la firma del acuerdo sobre los ADPIC y la subsiguiente limitación al rendimiento de los esfuerzos de los países en desarrollo destinados a impulsar su potencial innovador.<sup>9</sup> Esto se dramatiza a partir de la evidencia de que los DPI raramente promueven la innovación y la inversión en las economías en desarrollo.

En efecto, la evidencia empírica muestra que, excepto para unas pocas industrias (particularmente las de productos farmacéuticos y biotecnología), las patentes son menos importantes para la apropiación privada de los frutos del esfuerzo innovador que otros factores, como las ventajas del liderazgo tecnológico, la habilidad de aprender rápidamente, la reputación y el *know-how* secreto (Cohen y otros, 2000). Similar es la conclusión respecto del profesado estímulo de la inversión externa (Hallward-Dreimeier, 2003). Por otra parte, las patentes sí desempeñan un papel cada vez más importante para las actividades de búsqueda y maximización redistributiva de rentas (Jaffe y Lerner, 2004).

Con respecto a las políticas públicas de los países industrialmente avanzados hacia la protección de los DPI, las siguientes tendencias estilizadas ocupan hoy la atención de los investigadores del tema.

a) Por medio de un cúmulo de decisiones judiciales y administrativas, en Estados Unidos se ha ido fortaleciendo la protección de conocimientos crecientemente “aguas arriba”, es decir, en los orígenes mismos que sirven de base a las investigaciones, alcanzando inclusive lo que puede considerarse como conocimiento científico de carácter genérico (Demaine y Fellmouth, 2003).

b) Se verifica una tendencia a la ampliación de la materia patentable, con el otorgamiento de protección de DPI a una variedad creciente de conocimientos antes no patentables, incluyendo el aislamiento y purificación de sustancias naturales y a organismos vivos, *software*, métodos de negocios y bancos de datos. Esto ha dado lugar a un aumento inusitado de los niveles y la

<sup>7</sup> Un exponente de este tipo de enfoque es *The Economist*. Véase, por ejemplo, el informe especial sobre tecnología y desarrollo en la edición del 8 de noviembre de 2001.

<sup>8</sup> Costa Rica es señalada por algunos observadores como una excepción, un ‘tigre céltico’ latino. Si bien su desempeño, especialmente durante el último decenio, ha sido muy superior al de Centroamérica y al promedio de la región, aún le restan por delante importantes hitos relativos al cambio estructural, el crecimiento de la productividad y el desarrollo innovador.

<sup>9</sup> Esta reducción, que afecta particularmente el ejercicio de políticas convencionales, es contrarrestada, al menos potencialmente, por un mucho mejor conocimiento de la naturaleza de las políticas exitosas de formación de capacidades en general y de *catching-up*, en particular.

diversidad del patentamiento y del uso comercial del conocimiento como activo de negocios, conllevando una creciente asignación de recursos a la promoción y defensa de causas de litigios.<sup>10</sup>

c) Se observa un relajamiento de los estándares de no obviedad (novedad), así como una reducción de la calidad de los DPI otorgados.

d) Con el estímulo de la ley Bayh-Dole<sup>11</sup> aprobada en 1980 en Estados Unidos con objeto de acelerar la transferencia de tecnologías originadas en las universidades por medio de su protección con DPI, las universidades de ese país han pasado a ser activos participantes de una competencia por maximizar sus rentas por licencias de DPI. Su desempeño como generadoras de ingresos a partir de la explotación de esos derechos ha pasado a ser considerado tan importante como el resultado de sus labores educativas y de producción de conocimientos, aunque sean éstos no comercializados. El modelo de la citada ley está siendo activamente replicado por otros países industriales, particularmente el Japón y el Reino Unido, y está empezando a ser adoptado también por los países en desarrollo.

e) Los estándares relativos a la información requerida para obtener la titularidad de DPI han sufrido un considerable debilitamiento. Esto es especialmente observable en el caso del *software*.

f) Se advierte una erosión de las excepciones por investigación y experimentación.<sup>12</sup>

g) Vinculado con lo anterior, se registra una creciente tendencia hacia el patentamiento de los insumos y herramientas necesarios para la investigación científica y tecnológica (por ejemplo, el ADN recombinante, los polímeros por reacción en cadena —PCR—, los polímeros Taq, el *oncomouse*, la tecnología cre-lox y los innumerables descubrimientos de genes y proteínas de uso terapéutico o para ofrecer objetivos para el desarrollo de sustancias moleculares). Esta tendencia puede afectar la agenda de investigación científica y tecnológica, y limitar considerablemente la productividad inventiva.<sup>13</sup>

h) También se observa una tendencia de los fallos judiciales a favorecer a los titulares de los DPI.

i) Se verifican también avances que coartan lo que hasta hace poco eran considerados legítimos derechos de realización de actividades de ingeniería inversa.

En Estados Unidos la ingeniería inversa en la industria había sido tradicionalmente legitimada por tratarse de una actividad costosa que implica insumos sustanciales de tiempo y

<sup>10</sup> Por ejemplo, el presupuesto de Microsoft para gastos legales vinculados a litigios sobre DPI asciende a alrededor de 100 millones de dólares anuales.

<sup>11</sup> Bayh-Dole *Act* o ley de procedimientos de patentamiento de Universidades y Pequeñas Empresas, 35.U.S.C. § 200-212.

<sup>12</sup> El fallo de la corte de apelaciones en el caso *Madey-Duke University* socavó la vigencia de la excepción por investigación en Estados Unidos al sostener que, independientemente que el uso del objeto protegido por la patente no sea comercial, las universidades pueden incurrir en infracción aun en el curso de las actividades de enseñanza e investigación que le son específicas. El fallo rompe el equilibrio entre la necesidad de promover la innovación y el avance del conocimiento en general y el reconocimiento de que el aprendizaje por medio de la imitación y el uso de conocimientos patentados que deben hacerse públicos es necesario para el avance de la invención misma (*Madey v. Duke University*, 307 F.3d 1351 (Fed. Cir. 2002)).

<sup>13</sup> Este problema indujo a la WARF (Wisconsin Alumni Research Foundation), la agencia de transferencia de tecnología de la Universidad de Wisconsin, a un cambio de sus políticas de licenciamiento de sus patentes relativas a células madre embrionarias. El ejercicio de sus DPI está sujeto a controversia y muchos juzgan que sus políticas son codiciosas y restringen el progreso científico. Los cambios introducidos por WARF incluyen: a) no seguirá cobrando por licencias a centros de investigación sin fines de lucro, cuya investigación esté patrocinada por empresas, a pesar de que los DPI resultantes queden ulteriormente en manos de éstas. Hasta el momento la WARF venía cobrando sumas. Esta práctica estaba siendo resistida dado que, en la mayoría de los casos, se trata de investigación básica de rentabilidad incierta; b) hará a un lado demandas a un organismo estatal californiano (el California Institute for Regenerative Medicine, CIRM) por uso indebido de sus patentes, ya que las investigaciones que CIRM financia serán eventualmente rentables, lo cual indujo a la Oficina de Patentes y Marcas de Estados Unidos, USPTO a reexaminar la validez de las patentes de WARF, y c) facilitará el acceso a la transferencia de células a instituciones académicas y empresas. Hacia fines de 2007 se sabrá el resultado del reexamen de la validez de sus tres patentes en la materia, que son de extraordinaria amplitud, cubriendo un enorme espectro de posibles aplicaciones.

contribuye a la mejora de productos, así como a la erosión progresiva del poder monopolístico de los *first-comers*. Esta tradición no fue incorporada al acuerdo sobre los ADPIC, el cual, si bien obliga a proteger secretos comerciales, no se expide sobre la ingeniería inversa. Asimismo, la ley de espionaje económico de 1996 dio lugar a acciones judiciales contra actividades de ingeniería inversa consideradas legales hasta entonces. En 1998, mediante la ley de derechos de autor digitales del milenio (*Digital Millennium Copyright Act, DMCA*), el Congreso de Estados Unidos ilegalizó la ingeniería inversa de protecciones técnicas de versiones digitales de trabajos protegidos por el derecho de autor y prohibió la creación y distribución de las herramientas necesarias para el ejercicio de esa ingeniería inversa (con limitadas excepciones), así como la difusión de información obtenida por medio de ingeniería inversa legal (Samuelson y Scotchmer, 2002).

El diseño de reglas legales para proteger productos ricos en información del mero clonaje, sin que ello signifique bloquear actividades de ingeniería inversa que permitan competir e innovar a nuevos competidores, permanece aún a la espera de tratamiento apropiado. Mientras tanto, el legítimo derecho a la ingeniería inversa está en riesgo de ser seriamente circunscrito.

En suma, al introducir crecientes asimetrías y sesgos en el campo de juego, las tendencias prevalecientes en materia de DPI en los países desarrollados, proyectadas al nivel internacional, ejercen un fuerte impacto restrictivo sobre el ritmo, el patrón y los alcances del aprendizaje tecnológico (y de la competencia) de los países en desarrollo.

Paralelamente, se han acentuado durante los últimos años una serie de prácticas privadas que también tienden a mantener un control riguroso de (y a reducir) los flujos de conocimientos. Entre estas prácticas, se incluyen:

a) Los *pools* de patentes, por los cuales tan sólo las empresas que disponen de amplios portafolios son elegibles para beneficiarse de su participación en prácticas potencialmente cartelísticas;

b) La difusión de patentes *reach-through*,<sup>14</sup> de acuerdo con las cuales las políticas de licenciamiento se diseñan con objeto de apropiar rentas a lo largo de toda la cadena de aplicaciones “aguas abajo”, y

c) El uso de las patentes como medio de afianzar posiciones cuasimonopolísticas por medio de estándares técnicos públicos basados en esas patentes, el creciente control propietario de los conocimientos y herramientas necesarios para el progreso científico alumbró la era de la así llamada tragedia de los “*anticommons*”, que consiste en la subutilización del conocimiento científico y tecnológico a raíz de que múltiples “propietarios” pueden excluir a los demás de su acceso, restringiendo de hecho el patrimonio público de conocimientos científicos y tecnológicos. (Heller y Eisenberg, 1998).

La reciente proliferación de DPI que protegen la exclusividad de conocimientos biomédicos básicos puede conducir a una reducción del número de nuevos productos farmacéuticos, de lo cual ya se observan algunos indicios sugestivos a partir de la evidencia sobre la decreciente productividad del gasto en investigación y desarrollo (I&D) farmacéutico en términos de creación de nuevas entidades moleculares (CBO, 2006).

No obstante, deben rescatarse algunas contratendencias y atenuantes de importancia actual y/o potencial no despreciable. Entre éstas se cuentan:

---

<sup>14</sup> Las patentes *reach-through* se formulan de tal modo que dan lugar a la presunción de que sus titulares pretenden extender la protección más allá de los límites legítimos de su propiedad intelectual; por ejemplo, en el caso de una nueva entidad química, se puede pretender que la patente cubra no sólo la entidad química misma, sino también sus posibles usos terapéuticos, ya sea directamente o por conducto de cualquier medicamento que la contenga, así como el método de fabricación del medicamento (véase, por ejemplo, Grassler, 2001, y Eisenberg, 2002). La significación y consecuencias de este caso se multiplican en lo que respecta a las patentes que protegen derechos exclusivos sobre herramientas de investigación (*research tools*).

- a) Los sistemas abiertos de generación de nuevo conocimiento (véase el anexo I);
- b) Las formas consultivas abiertas de establecimiento de estándares técnicos (UNIDO, 2005, capítulo 7);
- c) El control del ejercicio de los DPI por las entidades regulatorias,<sup>15</sup> y
- d) Los sistemas informales de innovación en la agricultura (Chiarolla, 2006).

Las organizaciones de estándares técnicos, la acción de entidades regulatorias tales como el Food and Drug Administration (FDA) o de subsidio a la investigación como la National Science Foundation (NSF) de Estados Unidos, cuando imponen restricciones al usufructo de DPI vinculados con los proyectos que ellas financian, así como el intercambio libre de semillas y conocimientos agronómicos entre los agricultores, no son sino algunos ejemplos de instituciones y formas de cooperación ajenas al mecanismo de precios y prescindentes de recompensas pecuniarias. Se trata de tan sólo algunos ejemplos que denotan las limitaciones de los sistemas de incentivos basados en precios, aun en el caso de las economías de mercado.

## 2. Estatus de los compromisos adquiridos y sus principales desafíos

El examen pormenorizado del contenido de los tratados de libre comercio (TLC) bilaterales y regionales y de los tratados bilaterales de inversión (TBI) en lo relativo a los DPI es revelador de las fortalezas, debilidades, riesgos y oportunidades que afrontan los países en desarrollo. Esto es así no sólo con referencia a las patentes y derechos de autor en general, sino también a los casos específicos de la salud, la biodiversidad, el conocimiento tradicional, las indicaciones geográficas, las bases de datos y nuevas formas de DPI, incluyendo datos de prueba y nuevos modelos sui generis de protección. Éstos presentan nuevos desafíos para los cuales la política pública se encuentra aún a la búsqueda de respuestas apropiadas que eviten desembocar en callejones sin salida, y permitan, en cambio, alcanzar un sendero sustentable hacia el desarrollo

### a) La progresiva bilateralización de las negociaciones sobre DPI desde el acuerdo sobre los ADPIC

Desde la entrada en vigor del acuerdo sobre los ADPIC el 1 de enero de 1995, la reforma de la legislación nacional e internacional en la materia continuó un avance incesante hacia el fortalecimiento y expansión de los DPI tanto por medio de cambios en la legislación nacional en los países más industrializados, como de tratados internacionales que, en algunos casos, como el de la ley de patentes de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), vieron su emergencia dificultada por la falta de adhesión.

Ejemplos destacados a nivel nacional son la Directiva 95/46/EC del Parlamento y del Consejo europeos sobre la protección de datos, que entró en vigor el 24 de octubre de 1995 y las leyes estadounidenses DMCA, ya aludida, que fue sancionada el 28 de octubre de 1998, y de espionaje económico (*Economic Espionage Act*) de 1996. Sumados al impacto de una creciente jurisprudencia (*case law*) que tiende a avanzar en dirección análoga, estos cuerpos de legislación sentaron importantes precedentes y ejercen fuerte influencia sobre la tónica de las negociaciones internacionales en la materia.

---

<sup>15</sup> Por ejemplo, los Institutos Nacionales de la Salud (National Health Institutes, NHI) de Estados Unidos imponen restricciones al uso de la propiedad intelectual que resulte de los proyectos que ellos financian a los efectos de facilitar la difusión de los conocimientos patentados.



En cuanto a los tratados internacionales, dos significativos avances desde la entrada en vigencia del acuerdo sobre los ADPIC en la dirección señalada han sido los tratados de la OMPI sobre derechos de autor y sobre interpretación o ejecución de fonogramas, ambos adoptados el 20 de diciembre de 1996.<sup>16</sup> El Tratado de Ley de Patentes de la OMPI referido más arriba fue firmado originalmente en 2000, pero entró en vigor recién el 28 de abril de 2005 debido a la dificultad de reunir el mínimo de 10 países firmantes para que ello ocurriera.<sup>17</sup> Su objetivo esencial es uniformar, desregular y agilizar el reconocimiento de patentes entre todos los países firmantes.

Otros acuerdos internacionales, como el de la Convención de la Unión Internacional para la protección de nuevas variedades de plantas, si bien datan de fecha previa al acuerdo sobre los ADPIC, no comenzaron casualmente a ser firmados por la mayoría de los países en desarrollo hoy signatarios de esa convención tan sólo con posterioridad a 1995, como resultado de la impronta introducida por los esfuerzos que realizaron por los países más industrializados en esta dirección.

Por su parte, los países más industrializados no han sido remisos a ejercer su influencia directa a los efectos de internacionalizar sus propias legislaciones en materia de DPI. Así, por ejemplo, la directiva bipartidaria *Trade Promotion Act 2002* de Estados Unidos estableció como objetivo explícito de los TLC en materia de DPI el establecimiento en los países signatarios de estándares similares a los vigentes en Estados Unidos, para lograr así mejorar el balance comercial sobre todo en las industrias de *software*, música, películas y productos farmacéuticos.

Los periódicos ‘informes especiales 301’ del Representante de Comercio de Estados Unidos (USTR) brindan un ejemplo de la prioridad otorgada por los países más industrializados a la promoción del fortalecimiento y ampliación del ámbito de los DPI (véase el recuadro 1). Como puede observarse en el cuadro 1, los temas considerados más críticos se refieren al reconocimiento de los datos de prueba y bases de datos, la vinculación de los DPI con la aprobación de venta de productos farmacéuticos y la violación de derechos de autor y marcas comerciales.

Por su parte, la Unión Europea (UE) adoptó el 18 de abril de 2005 una Estrategia para la Aplicación de DPI en terceros países a efectos de promover una implementación “vigorosa y efectiva” de los compromisos legales existentes en la materia. La estrategia incluye una categorización de países según la gravedad de sus infracciones, similar a la de la Oficina del USTR.<sup>18</sup>

Podría llamar la atención el hecho de que la mayoría de los países con los cuales Estados Unidos y la UE han cerrado o están en vías de cerrar tratados de libre comercio o de inversiones, por medio de los cuales se fortalecen los DPI, representan en realidad una muy pequeña fracción del comercio mundial y bilateral. Esto responde al temor de que, en una variante de la ley de Gresham, la nación que no proteja los DPI suficientemente puede arrastrar los estándares globales hacia abajo, haciendo más difícil la aplicación de esos derechos por parte de otras naciones.

---

<sup>16</sup> Por las implicaciones de estos cuerpos de legislación, véase la sección sobre *software*, bases de datos y derechos de autor más adelante.

<sup>17</sup> Los países signatarios originales del tratado fueron Moldova, Kirguistán, Eslovenia, Eslovaquia, Nigeria, Ucrania, Estonia, Dinamarca y Croacia. El último en firmar, merced al cual el tratado entró en vigor, fue Rumania.

<sup>18</sup> La Oficina del Comisario Europeo de Comercio adopta una postura mucho más cauta y prescindente que la Oficina del USTR respecto de sus hallazgos y de la información que difunde. Así, por ejemplo, aclara que los resultados de sus encuestas “reflejan los puntos de vista y percepciones de los consultados (empresas, asociaciones y embajadas europeas) y no necesariamente la estricta realidad”. Véase <[http://trade-info.cec.eu.int/doclib/docs/2004/july/tradoc\\_117828.pdf](http://trade-info.cec.eu.int/doclib/docs/2004/july/tradoc_117828.pdf)>.

## RECUADRO 1

### INFORMES ESPECIALES 301 DEL USTR: FORTALECIMIENTO Y AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE LOS DPI

Las provisiones de “la sección 301 especial” de la ley comercial de Estados Unidos de 1974, con sus enmiendas, requiere del Representante de Comercio de Estados Unidos (USTR, por sus siglas en inglés) una revisión anual de las prácticas de los socios comerciales en materia de DPI, a fin de identificar aquellos países que no ofrecen protección “adecuada y efectiva” o de acceso a mercado para residentes de Estados Unidos que deseen hacer valer sus DPI. El USTR identifica a los países con arreglo a la gravedad de sus acciones desde el punto de vista de los intereses comerciales de Estados Unidos, incluyendo: a) lista de países extranjeros prioritarios, es decir, aquellos que se considera practican las políticas más perjudiciales para titulares de DPI estadounidenses o sus productos. Estos países son sometidos a investigaciones aceleradas y posibles sanciones; b) lista prioritaria de países en vigilancia (*priority watch list*), aquellos que no suministran “adecuada” protección de DPI o que no aplican su legislación; c) lista de vigilancia, aquellos que se considera requieren atención bilateral para considerar problemas relativos a DPI; d) “Sección 306”, se refiere al control de aquellos países “reincidentes” con los cuales Estados Unidos tienen acuerdos bilaterales con objeto de considerar problemas específicos consignados en informes previos, y e) revista fuera de ciclo, incluye a aquellos países que requieren control adicional. En estas acciones el Gobierno de Estados Unidos se basa en información obtenida de agencias del gobierno y embajadas, representantes del sector privado [tales como el Pharmaceutical Research and Manufacturers of America (PhRMA), el International Intellectual Property Alliance (IIPA) y la Biotech Industries Organization (BIO)], los socios comerciales y el informe National Trade Estimates. Originalmente, el poder de la Sección 301 emanó de la insatisfacción en el Congreso con el tratamiento de los DPI bajo el régimen del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés). La sección 301 concede al presidente amplia autoridad para imponer sanciones contra país extranjeros “prioritarios”. Así, autoriza a aplicar represalias contra naciones que hayan violado un acuerdo comercial con Estados Unidos; o realizado acciones que restrinjan o afecten el comercio con Estados Unidos. En respuesta a llamados por medidas adicionales, el Congreso enmendó la Sección 301, agregando la 301 “Súper” y la 301 “Especial”, esta última centrada sobre las prácticas de países extranjeros en materia de DPI, identificando naciones con débil protección o que niegan acceso a mercado “justo y equitativo”. Un caso temprano de aplicación de esta legislación tuvo lugar en 1987, cuando la *Pharmaceuticals Manufacturers Association* alegó que Brasil estaba causando perjuicios a sus asociados por cientos de millones de dólares por denegar protección de patente a los productos y procesos farmacéuticos. La presentación sirvió como signo de que las naciones que no otorgasen “adecuada” protección se harían acreedoras a las nuevas sanciones previstas por la 301 Especial. Brasil fue una de las primeras naciones en sufrir estas sanciones. Un informe del Senado donde se pasa revista a la ley 301 Especial, afirma: “El Comité no urge que Estados Unidos adopte acciones de represalia... con total desdén de los acuerdos internacionales aplicables. Sin embargo, el Comité siente que era necesario aclarar que el presidente podría actuar para proteger los intereses económicos de Estados Unidos, independientemente de que esa acción sea o no consistente con artículos de un acuerdo internacional desactualizado iniciado por el Poder Ejecutivo hace 25 años y nunca aprobado por el Congreso (1974 U.S.C.C.A.N. 7186, 7304).

Fuente: Elaboración propia.

Una instancia preliminar adicional hacia los TLC la constituyen los TIFA (Acuerdos Marco sobre Inversiones y Comercio, por sus siglas en inglés). Si bien hasta el momento han servido para afianzar lazos comerciales, especialmente con países africanos y asiáticos, el último TIFA fue firmado con el Uruguay, el primer país latinoamericano en hacerlo. Estados Unidos lleva firmados 30 acuerdos de este tipo, los cuales establecen un marco ejecutivo de negociación; esto es, una instancia negociadora bilateral permanente, si bien no son vinculantes.

Entre las prioridades contempladas en los TIFA se cuentan los DPI. Los énfasis al respecto varían ligeramente de acuerdo a acuerdo y revisten un carácter esencialmente enunciativo, sin fuerza legal, pero con alguna fuerza de compromiso difícil de cuantificar *ex ante*, aunque sin duda vinculada a la relación de fuerzas negociadoras.

#### **b) El impacto de los TBI en la esfera de los DPI**

De los 46 tratados bilaterales de inversiones (TBI) que a diciembre de 2006 han sido convenidos por Estados Unidos, 13 corresponden a países de América Latina y el Caribe (véase el cuadro 2). La lista no incluye, entre otros, a Brasil ni a Chile.

**CUADRO 1**  
**TEMAS CONTROVERSIALES CRÍTICOS CON LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS**  
**INCLUIDOS EN LAS LISTAS DE VIGILANCIA DEL REPRESENTANTE**  
**COMERCIAL DE ESTADOS UNIDOS, 2005**

Lista de vigilancia de la ley 301 de Estados Unidos de 1974			
	Reconocimiento de datos de prueba y bases de datos	Vinculación patentes/aprobación de venta	Violación de derechos de autor y marcas comerciales
Bolivia			✓
Chile	✓	✓	✓
Colombia			✓
Costa Rica	✓		✓
República Dominicana	✓		✓
Ecuador	✓		✓
Guatemala	✓		✓
México	✓		✓
Perú		✓	✓
Lista prioritaria de vigilancia de la ley 301			
Argentina	✓	✓	✓
Brasil	✓	✓	✓
Venezuela	✓	✓	✓
Sección 306			
Paraguay	✓		✓

Fuente: USAR.

Mas allá del hecho de que la evidencia no parece demostrar que los TBI hayan estimulado la inversión extranjera directa (IED) en los países que otorgan la protección respectiva (véase, por ejemplo, Mhallward-Dreimeier, 2003), desde la perspectiva de los DPI y de la evaluación de su impacto entre los países de América Latina y el Caribe importa identificar la naturaleza de los activos protegidos por medio de los TBI y los alcances de esa protección.

La inclusión de los DPI entre los activos protegidos por los TBI puede constreñir los alcances y el ejercicio de la política pública en este ámbito, independientemente de los compromisos emanados del acuerdo sobre los ADPIC.

Los TLC bilaterales y regionales y los TBI contienen un gran potencial de sinergia y apreciable margen de refuerzos mutuos en las esferas financieras, comerciales, de inversiones y de DPI. En este último caso se amplía el ámbito de la protección, por ejemplo, al incluir (en el caso de los TBI) activos bajo control directo o indirecto, lo cual puede conducir a la multilateralización de los compromisos adquiridos. Asimismo, se reduce la fuerza de las salvaguardias contenidas en el acuerdo sobre los ADPIC, por ejemplo, con respecto a los casos relativos a datos de prueba y de licencias compulsivas (Correa, 2004a).

Los TLC y TBI también se complementan al apuntar hacia una ampliación del ámbito de la cobertura de los DPI protegidos mas allá de lo contemplado por el acuerdo sobre los ADPIC, para incluir modelos de utilidad, derechos de criadores, bases de datos y derechos digitales y no registrados, así como solicitudes de DPI y DPI no protegidos en el país anfitrión, por ejemplo, por aplicación del artículo 3(6) del acuerdo sobre los ADPIC para plantas y animales o para genes.

**CUADRO 2**  
**TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN DE ESTADOS UNIDOS**  
**CON PAÍSES DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE**

País	Fecha de firma	Fecha de entrada en vigor
Argentina	14 de noviembre de 1991	20 de octubre de 1994
Bolivia	17 de abril de 1998	6 de junio de 2001
Ecuador	27 de agosto de 1993	11 de mayo de 1997
Grenada	2 de mayo de 1986	3 de marzo de 1989
Haití	13 de diciembre de 1983	n/d <sup>a</sup>
Honduras	1 de julio de 1995	11 de julio de 2001
Jamaica	4 de febrero de 1994	7 de marzo de 1997
Nicaragua	1 de julio de 1995	n/d <sup>b</sup>
Panamá	27 de octubre de 1982	30 de mayo de 1991
Panamá (Enmienda)	1 de junio de 2000	14 de mayo de 2001
Trinidad y Tabago	26 de septiembre de 1994	26 de diciembre de 1996
Uruguay	4 de noviembre de 2005	n/d <sup>b</sup>

Fuente: Oficina de Asuntos Económicos y Comerciales, Departamento de Estado, octubre de 2006.

<sup>a</sup> Entrará en vigor tras haber sido ratificado por ambas partes e intercambiados los instrumentos de ratificación.

<sup>b</sup> Entrará en vigor tras la ratificación de Estados Unidos y el intercambio de los instrumentos de ratificación de las partes.

Los TBI no contienen las excepciones incorporadas al acuerdo sobre los ADPIC con respecto al trato nacional, y dejan la puerta abierta para reclamos no incluidos en este cuerpo legal.

Análogamente, los TBI pueden ser usados para anular tratamientos diferenciales que el país anfitrión desee realizar en el futuro con respecto a diversos países, por cuanto obligan a generalizar unilateralmente cualesquiera derechos adicionales o mejoras hacia terceros países posteriores a la fecha del TBI.

El modelo de TBI de Estados Unidos contiene los lineamientos básicos que luego fueron incorporados en los TBI con los países latinoamericanos y caribeños con ligeras variaciones y un grado creciente de estandarización. Entre los rasgos comunes se cuenta la inclusión de los intangibles y los DPI entre los activos protegidos, la prohibición de requerir que se transfiera tecnología y los tratamientos nacionales, de nación más favorecida y “justo y equitativo”.

Tal como lo prevé su modelo, la mayoría de los TBI más recientes de Estados Unidos estipulan la aplicación del tratamiento de nación más favorecida, no sólo con respecto a inversiones (de todo tipo de activos) ya materializadas, sino también a aquellas aún por realizarse. En la eventualidad de que un país decida mejorar su tratamiento de titulares de DPI en el futuro, la aplicación de la cláusula de nación más favorecida implica que esa mejora deberá trasladarse automáticamente a favor de los residentes de la contraparte del TBI, además de que se cancelarían las excepciones a las que pudiese arribarse más adelante en tratados con otros países (Correa, 2004b).

La aplicación de la cláusula de “tratamiento justo y equitativo” podría invocarse eventualmente para desafiar leyes locales relativas a los DPI que sean consistentes con el acuerdo sobre los ADPIC, si bien ello no sería compatible con el principio jurisprudencial adoptado en el marco de la OMC, según el cual esa cláusula no debe usarse para desafiar la legitimidad de acciones públicas o de regulaciones sobre DPI que sean no discriminatorias (lo cual no implica que no puedan ser diferenciales) y consistentes con las reglas internacionales en la materia. En efecto, el artículo 27 del acuerdo sobre los ADPIC, prohíbe la discriminación respecto del lugar de

invención, el campo tecnológico y la procedencia de los productos, pero admite excepciones de buena fe para enfrentar problemas en áreas específicas. Así, por ejemplo, la Declaración de Doha sobre los ADPIC y la salud pública suministra fundamentos para la diferenciación de las reglas de DPI con objeto de proteger la salud pública. Este tipo de excepción no es recogido ni por los TBI ni por los TLC, incluyendo el DR-CAFTA. En este último caso, ello no está desvinculado de la cláusula por la cual se restaura el período de patente de los productos farmacéuticos (no así en el caso de productos agroquímicos u organismos genéticamente modificados, los cuales, en el caso de la UE, han estado sujetos a moratoria desde 1998), con objeto de compensar retrasos originados en la obtención de la aprobación de venta local. Por medio de sus TBI, tanto la UE como Estados Unidos han fortalecido los DPI que favorecen a sus empresas con operaciones en los países en desarrollo e incluso dejan abierta la posibilidad de aplicar sanciones aun contra países que alcancen los estándares del acuerdo sobre los ADPIC.

Los TBI con Argentina, Bolivia, Honduras, Jamaica, Nicaragua y Trinidad y Tabago abarcan entre los activos protegidos los siguientes derechos: de autor (y derechos relacionados), patentes, variedades de plantas, diseños industriales, diseños de estampado de semiconductores, secretos comerciales (incluyendo *know-how* e información comercial confidencial) y marcas comerciales y de servicio, y nombres comerciales (los TBI con Argentina y Ecuador contemplan asimismo las obras artísticas y literarias, incluidas las grabaciones sonoras y “los inventos en todos los ámbitos del esfuerzo humano”;<sup>19</sup> el TBI con Panamá incluye también el *good will*).

Asimismo, en los casos de Bolivia, Honduras, Nicaragua y El Salvador y Trinidad y Tabago, las partes se comprometen a abstenerse de requerir que se transfiera tecnología, procesos productivos o conocimientos propietarios de las empresas inversoras (excepto por medio de órdenes emanadas de los tribunales o medidas orientadas a remediar violaciones a las leyes de competencia) o tipos particulares, niveles o porcentajes de I&D.

El acuerdo sobre los ADPIC no excluye diversas limitaciones al ejercicio de los DPI, tales como las relativas a investigación, *early working* (o cláusula Bolar), licencias compulsivas y uso gubernamental. Estas salvaguardias resultan potencialmente constreñidas, ya sea por la vía legal de los TBI o bien mediante la “coacción moral” (caso de Brasil en productos farmacéuticos). Así, el ejercicio del licenciamiento compulsivo podría llegar a ser considerado como un caso de ‘expropiación’ directa o indirecta de propiedad protegida por un TBI. Si bien esa medida constituye una excepción al libre ejercicio de la titularidad del DPI, más bien que una expropiación, al afectar ese ejercicio y al ser considerado propiedad protegida, podría llegar a ser interpretado como un caso de “expropiación furtiva”, dando así lugar al reclamo de compensaciones pecuniarias por encima de las previstas en la legislación nacional.<sup>20</sup> De este modo, un licenciamiento compulsivo decidido con arreglo al artículo 31 del acuerdo sobre los ADPIC, si bien legítimo en protección del interés público, puede dar lugar a acciones judiciales de dudoso desenlace en el marco de los TBI. El TLC entre Estados Unidos y Chile anticipa este tipo de situación al excluir explícitamente las licencias compulsivas decididas en el marco del acuerdo sobre los ADPIC de las provisiones de expropiación y compensación. El modelo TBI de Estados Unidos contiene una provisión similar.

<sup>19</sup> En otra parte se apunta: “Lo dispuesto en el presente Tratado no impedirá que las Partes mantengan o establezcan empresas estatales” (II.2.a). En un fallo ocurrido en el contexto del TLCAN (S.D. Meyers Inc., de Estados Unidos, como demandante y el Gobierno de Canadá, como acusado), se llegó a incluir la participación de mercado de la empresa extranjera como una inversión y, por tanto, como un derecho a ser potencialmente elegible para protección, independientemente de que esa empresa hubiera instalado una planta o hubiera realizado una operación de venta en el país anfitrión.

<sup>20</sup> Así, por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) considera tres tipos de expropiación: directa, indirecta y *medidas equivalentes* a la expropiación.

### c) Acuerdos “ADPIC-plus”, TLC y TBI. Evaluación de rubros y mercados específicos

En el área de los medicamentos y la salud, el acuerdo sobre los ADPIC significó para los países en desarrollo modificar sus legislaciones y adoptar compromisos con respecto a los siguientes puntos: otorgamiento de DPI a productos y procesos, definición de los derechos exclusivos de los titulares, limitación del ámbito de las excepciones a esos derechos, especificación de las condiciones para el recurso a licencias compulsivas, y protección de los datos de prueba.

La gran preocupación de la comunidad internacional respecto del impacto de estos compromisos sobre la gestión de la salud pública en los países en desarrollo, acicateada por acciones como el caso iniciado por multinacionales farmacéuticas contra los gobiernos de Sudáfrica y Tailandia, sentaron los cimientos para que la Cuarta Conferencia Ministerial de la OMC de noviembre de 2001 adoptara la Declaración de Doha sobre los ADPIC y la Salud Pública (véase el recuadro 2). Sin perjuicio de reconocer la importancia de los DPI, la declaración confirmó las “flexibilidades” del acuerdo sobre los ADPIC, incluyendo el principio de agotamiento de los derechos por el cual se puede autorizar las importaciones paralelas y el otorgamiento de licencias compulsivas. Sumado a la posterior decisión para autorizar la importación de medicamentos por países en desarrollo carentes de capacidad para manufacturarlos (de agosto del 2003), la declaración procuró anticiparse a futuras acciones destinadas a contrarrestar el ejercicio de las flexibilidades permitidas por el acuerdo sobre los ADPIC.

#### RECUADRO 2 LICENCIAMIENTO COMPULSIVO DE PATENTES Y SALUD

Sudáfrica y Tailandia recurrieron a los artículos 30 y 31 del acuerdo sobre los ADPIC acerca del licenciamiento compulsivo de patentes por emergencia grave de salud (VIH/sida). Ante la presión del USTR de Estados Unidos, con la justificación de que se habrían afectado exportaciones críticas de su país, Tailandia abandonó sus planes de licenciamiento compulsivo. En el caso de la República de Sudáfrica, por ley de diciembre de 1997 (*Medicines and Related Substances Control Amendment Act*, N° 90: <http://www.polity.org.za/html/govdocs/legislation/1997/act90.pdf>), se decidió permitir la importación paralela de medicamentos antisida genéricos, así como la manufactura en Sudáfrica de esos genéricos a partir de una licencia compulsiva, si fuese necesario. Un elevado número de miembros de la industria farmacéutica grande de Sudáfrica desafió la ley ante la justicia. Poco tiempo después, a solicitud de PhRMA, la Oficina del USTR incluyó a Sudáfrica en su lista de países extranjeros prioritarios. En junio de 1998 se excluyó a Sudáfrica de los beneficios del SGP. En septiembre de 1999, como resultado de estas presiones, el gobierno de Sudáfrica acordó arribar a un entendimiento con Estados Unidos. Estados Unidos acordó remover a Sudáfrica de la lista de vigilancia y esta última acordó limitar los poderes discrecionales que la ley en cuestión confería al gobierno en el sector farmacéutico. Sin embargo, Sudáfrica, con el endoso de buena parte de la comunidad internacional y la movilización de la opinión pública doméstica, no procedió con arreglo al plazo acordado, pero Estados Unidos, debido a la publicidad negativa que había recibido, procedió con su parte del acuerdo. PhARMA y las 39 empresas que iniciaron la acción judicial se vieron forzadas a desistirla e, incluso, a hacerse cargo de los costos, debiendo reconocer que la ley no contravenía el acuerdo sobre los ADPIC. La industria farmacéutica multinacional también tuvo que desistir de sus intenciones de cuestionar la legitimidad de la legislación brasileña en la materia. Las presiones competitivas y las campañas en los medios tuvieron su consecuencia buscada, consagrándose así el tratamiento diferenciado entre países ricos y pobres. Véase en este sentido Sherman y Oakley, 2004.

Fuente: Elaboración propia.

i) Productos farmacéuticos y salud. La capacidad de ejercer las mencionadas flexibilidades se ve ahora sustantivamente restringida por el capítulo sobre DPI de los más recientes TLC bilaterales y regionales. Éstos tienden a extender la validez y expandir los alcances de la protección de sus DPI más allá de lo previsto por el acuerdo sobre los ADPIC, incluyendo lo relativo a la exclusividad de los datos de prueba, a la vinculación entre la protección de patente y el registro de los medicamentos, el reconocimiento de “segundas indicaciones” y la inclusión de métodos terapéuticos (Correa, 2006).

Además, los TLC bilaterales y regionales tienden a introducir una nueva categoría, la de los “productos regulados”, o sea, aquellos cuya comercialización requiere permisos estatales previos,

incluyendo las medicinas y los agroquímicos. Se trata de la introducción de modalidades sui generis de derechos exclusivos destinados a limitar la competencia de productos genéricos.

Con arreglo al acuerdo sobre los ADPIC (artículo 39.3), los datos de prueba sólo deben protegerse cuando su sometimiento se exige como condición para la comercialización.<sup>21</sup> Por lo tanto, dicha protección no se requiere cuando meramente se ratifica la aprobación obtenida en otro país. Consistente con lo anterior, tampoco es necesaria cuando se trata de datos ya divulgados. Asimismo, protegen únicamente nuevas entidades químicas, excluyéndose segundas indicaciones, nuevas formulaciones o cambios de dosis. Finalmente, también puede exigirse evidencia de esfuerzo significativo para el desarrollo de las nuevas entidades químicas.

Dado que, según el acuerdo sobre los ADPIC, la protección no incluye el caso de usos comerciales anticompetitivos y prácticas comerciales desleales, puede inferirse que sí podría incluir a productos similares que hayan sido debidamente autorizados por la autoridad pública. Por otra parte, el acuerdo sobre los ADPIC (artículo 39.1) no establece que los derechos sobre datos de prueba sean exclusivos, sino que su aplicación corresponde para enfrentar prácticas desleales. Así, el producto del ejercicio legítimo de actividades de ingeniería inversa no sería sujeto de sanción con arreglo al acuerdo sobre los ADPIC.

De hecho, sólo una minoría de países miembros de la OMC ofrecen protección exclusiva a los datos de prueba.<sup>22</sup> No obstante, vale la pena subrayar que ningún país industrialmente avanzado ha bregado hasta ahora por la protección de información no divulgada ante el órgano de solución de diferencias de la OMC.

Los TLC de Estados Unidos con República Dominicana y los países centroamericanos, por una parte, y con Perú y Colombia, por la otra, introducen una protección de los DPI más fuerte que el acuerdo sobre los ADPIC (véase el cuadro 3).

**CUADRO 3**  
**ADPIC-PLUS EN LOS TLC EN AMÉRICA LATINA**

Concepto	CA-RD	Perú-Colombia	Chile
Información no divulgada	Aumentado	Incluida	(..)
Nueva entidad química	Aumentado	2do uso "no incluido, <i>best more</i> exigido	No flexibilizado; excepciones; plazo
Licencias obligatorias	Limitadas	Limitadas	Preservadas
Importaciones paralelas	Limitadas	Limitadas	(..)
Vinculación patentes-registro sanitario	Comprometida	Comprometida	(..)
Información divulgada	Aumentado	Incluida	(..)

Fuente: Elaboración propia con base en el DR-CAFTA y el TLC de Estados Unidos con Chile, Colombia y Perú.

En primer lugar, conceden protección especial para los "productos regulados" (farmacéuticos y agroquímicos), dando lugar así a una significativa limitación de la competencia actual y potencial de productos genéricos, lo que, desde luego, tiene un impacto sobre los estándares de salud, especialmente, de los sectores más pobres de la población.

<sup>21</sup> La protección exclusiva sui generis procurada por las empresas multinacionales farmacéuticas podría servir como sustituto de la protección de patente en aquellos casos en que a esta protección no se le juzgue suficiente.

<sup>22</sup> Guatemala es uno de ellos (véase el decreto 30-2005), y también Colombia (decreto 2085), lo que llevó a la emisión de una decisión aclaratoria del artículo 266 de la Decisión 486 del año 2000 adoptada por la Comunidad Andina, apoyada por Colombia, Ecuador y Perú (Bolivia y Venezuela se abstuvieron), por la cual se faculta a los países miembros a conferir plazos de exclusividad.

Como se ha señalado, el acuerdo sobre los ADPIC exige proteger los datos de prueba:

- 1) Para prevenir su uso comercial desleal;
- 2) Cuando su presentación local es obligatoria;
- 3) Cuando se trata de nuevas entidades químicas, y
- 4) Cuando la información es resultado de esfuerzos significativos (aplicación facultativa).

Pero no se aplica cuando:

- 1) Se aceptan datos de prueba que han sido sometidos a otro país;
- 2) Se trata de datos ya divulgados, y
- 3) Se trata de segundas indicaciones, nuevas formulaciones o cambios de dosis.

En contraste, el Tratado de Libre Comercio de Estados Unidos con la República Dominicana y Centroamérica (DR-CAFTA, por sus siglas en inglés) y, análogamente, el TLC con Colombia y Perú, estipula que la protección exclusiva sui géneris de los datos de prueba, aunque éstos hayan sido previamente divulgados y cuya presentación no sea exigida en el país y aun en ausencia de protección de patente, es por un período de cinco años para los productos farmacéuticos y de 10 años para los agroquímicos. Estos períodos podrán correr con posterioridad al agotamiento del período de protección en otro territorio. Por tanto, podrían eventualmente transcurrir 10 y 15 años hasta que otra parte pueda utilizar los datos de prueba.

Además, se inhibe la aprobación de productos similares a los ya aprobados en el país o en el exterior. Por último, toda entidad química aprobada en cualquier momento en un país extranjero seguirá siendo “nueva” hasta el momento de registro en un país de la región, aunque ello suceda años después de la primera aprobación de comercialización en el mundo.<sup>23</sup>

En suma, las estipulaciones de los TLC examinados son susceptibles de generar impactos como los siguientes sobre las economías de los países signatarios, sin que se refleje un estímulo a la innovación local.<sup>24</sup>

- 1) Levantamiento de elevadas y efectivas barreras a la entrada de competidores por costos y tiempos de reproducción de los datos de prueba, con las consiguientes implicaciones sobre los niveles de precios.
- 2) Elevación de los costos y riesgos de la gestión de la salud pública.
- 3) Debilitamiento del ámbito de aplicación de licenciamiento compulsivo y del uso gubernamental no comercial.
- 4) Obstáculo para las importaciones paralelas.

En agosto de 2006, los ministros de salud sudamericanos emitieron una declaración en Ginebra, Suiza, que contenía un llamado a favor de una mayor flexibilidad en materia de patentes

<sup>23</sup> En el caso del Perú podría impedirse el uso de datos para un producto similar al original, posibilitando la renovación de la protección de los datos.

<sup>24</sup> Se calcula que cuando una patente expira, la introducción de variedades genéricas reduce los precios entre 30% y 70% en promedio. En Colombia, donde la oferta de genéricos representa dos tercios del mercado, el costo de los genéricos equivale en promedio a un cuarto del costo de sus equivalentes de marca. Un estudio de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) concluyó que, hacia 2020, el sistema colombiano de salud deberá erogar 940 millones de dólares extra a raíz del TLC para cubrir los costos adicionales resultantes del tratado y que aproximadamente 6 millones de usuarios no tendrían acceso a medicinas. Un estudio realizado para el ministerio de salud del Perú concluyó que, a raíz de la limitación de la competencia de genéricos derivada de la protección y el uso exclusivo de datos de prueba, los precios de las medicinas sufrirían aumentos promedio del 9.6% en el primer año, cerca del 100% a partir del décimo y 162% en 18 años (PAHO, 2005).



farmacéuticas, al tiempo que se pedía la implementación de la Declaración de Doha y se abogaba por el uso amplio de la provisión Bolar (que permite el desarrollo de genéricos durante el período de exclusividad de los productos farmacéuticos), así como por nuevos mecanismos para facilitar las importaciones paralelas de medicamentos costosos. Los ministros también se opusieron a la vinculación entre las oficinas de patente y las oficinas de regulación de medicamentos, y condenaron la extensión del patentamiento para indicaciones y métodos terapéuticos, así como el patentamiento de productos de origen vegetal y animal.

ii) Recursos genéticos, conocimientos tradicionales e indicaciones geográficas.

Recursos genéticos. La firma del acuerdo sobre los ADPIC por parte de los países en desarrollo conllevó el compromiso de introducir la protección de las variedades de plantas y recursos genéticos, ya sea por medio de patentes o vía otras herramientas legales, como los derechos de obtentores (*breeders' rights*), sin que ello resultara, como en el caso de los otros derechos protegidos por medio del acuerdo sobre los ADPIC, de una evaluación del impacto económico y social.

El acuerdo sobre los ADPIC faculta a los países en desarrollo a excluir de la protección de patente a las plantas y animales, así como a los procesos biológicos para producirlos, pero no a los microorganismos. En el caso de las variedades de plantas quedó a su discreción la posibilidad de otorgar protección, ya sea mediante las patentes o regímenes *sui generis*.

El acuerdo sobre los ADPIC no se pronuncia con respecto a la patentabilidad de genes, ya sea a partir de humanos, plantas o animales. La decisión en cuanto a si la extracción y refinamiento de material genético presente en la naturaleza puede o no ser patentado quedó a discreción de las legislaciones nacionales.

Como en el caso del derecho de autor (véase *Software*, bases de datos y derechos de autor), la propiedad intelectual relativa a plantas puede ser protegida por medios tecnológicos denominados “tecnologías genéticas de restricción de uso” o tecnologías *terminator*, que esterilizan las semillas resultantes (por ejemplo, por vía de variedades híbridas de maíz o trigo, cuyas semillas no pueden ser reutilizadas).

El involucramiento de los países en desarrollo en el esfuerzo científico y tecnológico global es mucho más importante en la agricultura que en el sector salud. Mientras que esos países representan menos del 5% del total mundial de I&D realizado en este último sector, en el caso de la agricultura su participación se eleva a cerca de un tercio, y la participación del sector público también es más alta.

Sin embargo, para Estados Unidos hay evidencia de que la protección de obtenciones vegetales no ha estimulado la inversión en actividades de I&D (excepto en los casos de la soja y el trigo, que concentran la mayoría de los certificados de protección expedidos). Mientras que estos certificados protegen sobre todo variedades no híbridas de cultivos, el grueso del aumento en la asignación de los recursos de I&D se está destinando a variedades híbridas. De ello se ha inferido que el impacto principal de este tipo de protección está dirigido a apoyar la diferenciación de productos como herramienta mercadotécnica. La falta de asociación entre esta protección y la generación de obtenciones vegetales observada para Estados Unidos ha sido confirmada para el caso de países en desarrollo de ingresos medios. Si bien se registra alguna mejora en el acceso a material genético de procedencia externa, su uso suele ser restringido. En suma, la distribución de los beneficios está sesgada a favor de los grandes agricultores y la industria de la semilla, con impactos potencialmente adversos para los agricultores pobres por restricciones impuestas a la reutilización e intercambio de semillas.

La Convención para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), a la cual se han adherido a la fecha 62 países (11 de ellos latinoamericanos, y Nicaragua es el único entre los centroamericanos) suministra un estándar de protección diseñado con vistas a los sistemas de comercialización agrícola de los países desarrollados. Si bien exigen novedad y diferenciación, los criterios adoptados son más bien laxos en cuanto a innovación (no obviedad) y utilidad (aplicabilidad) (DFID, 2002).<sup>25</sup>

El acuerdo sobre los ADPIC faculta a los países en desarrollo a adaptar sus exigencias al respecto, por ejemplo, con relación a rendimientos y valor nutritivo, que estén en línea con las necesidades de su población. De forma análoga, esos estándares privilegian la uniformidad y la estabilidad, lo cual pone en desventaja a las variedades locales de los campesinos pobres, que tienden a ser genéticamente más heterogéneas e inestables.

Como resultado de estos contrastes, pueden señalarse zonas de fricción entre algunas legislaciones o acciones nacionales en la materia, como las de Nicaragua, Panamá y Perú, y el tipo de cláusulas contenidas en TLC bilaterales y regionales alineadas con las estipulaciones de la Convención de la UPOV.<sup>26</sup>

### iii) Conocimientos tradicionales e indicaciones geográficas.

1) Conocimientos tradicionales. Los conocimientos tradicionales desempeñan un papel esencial en la seguridad alimentaria y la salud del grueso de la población de los países en desarrollo. Por ejemplo, 80% de esta población depende de medicinas tradicionales para satisfacer sus necesidades en materia de salud (OMS, 1993). Muchas medicinas modernas se basan en las propiedades curativas de las plantas.<sup>27</sup> Asimismo, los sistemas agrícolas de los países en desarrollo dependen esencialmente del desarrollo de variedades de plantas y el intercambio de conocimientos locales entre los agricultores.

Las patentes otorgadas a invenciones relativas a propiedades de las plantas Turmeric (1995) y Ayuhuasca (1986), el árbol Neem (1994) y el arroz basmati (1997), por ejemplo, eventualmente fueron declaradas inválidas, puesto que se probó que se basaban en conocimiento tradicional de dominio público. Sin embargo, la controversia al respecto continúa abierta.<sup>28</sup>

No es fácil ignorar las tensiones existentes entre los diversos cuerpos de legislación internacional relevantes al conocimiento tradicional. Y no parecería que los TLC estén llamados a resolverlas. Así, hay quienes consideran que ese conocimiento no es susceptible de ser protegido mediante derechos de propiedad y de compraventa, ya que se trataría de derechos colectivos a usar,

<sup>25</sup> Los países latinoamericanos adheridos a la UPOV son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Uruguay. Todos ellos, con excepción de Argentina y Uruguay, lo hicieron poco tiempo después de haberse suscrito al ADPIC.

<sup>26</sup> Entre los temas donde se observan tensiones entre el acuerdo sobre los ADPIC y los TLC bilaterales o regionales, por una parte, y algunas legislaciones nacionales, pueden consignarse los siguientes: ley del crimen medioambiental (Nicaragua); ley de protección de la medicina tradicional (Panamá), y solicitud a la OMC de una enmienda a los efectos de que quienes deseen patentar recursos genéticos revelen su fuente y origen (Perú, junto a Brasil e India).

<sup>27</sup> Se calcula que 40% de los productos que factura la industria farmacéutica global (por 600.000 millones de dólares) está basado en sustancias naturales. En América Latina, la región del Amazonas es el reservorio más grande de biodiversidad del planeta. Se calcula que, anualmente, se extraen ilegalmente del Amazonas unas 20.000 muestras individuales de plantas (Scott, 2003). Sin embargo, durante los últimos años se han desarrollado formas legales para la remoción de muestras por medio de contratos formales con entidades descentralizadas, como ha ocurrido en los casos de Brasil y Costa Rica (Bioamazonia con Novartis y el de INBio con Merck, respectivamente).

<sup>28</sup> Cabe mencionar que el “conocimiento tradicional” incluye trabajos literarios, artísticos y científicos, así como tratamientos y prácticas médicas, técnicas agrícolas, canciones y danzas.

compartir, mejorar y desarrollar conocimientos en el contexto de formas de vida locales idiosincráticas.<sup>29</sup>

Asimismo, es claro que el acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CBD, por sus siglas en inglés), el principal cuerpo legal internacional sobre la materia, si bien poseen un margen de superposición, no han sido armonizados, dejando así librado a cada país la resolución de sus potenciales tensiones recíprocas.

Más específicamente, el acuerdo sobre los ADPIC no se pronuncia sobre la inclusión de pruebas del origen del conocimiento, de un acuerdo informado previo (o *prior informed consent*-PIC) y de términos mutuamente acordados para la distribución de beneficios ulteriores, todos éstos elementos clave de la CBD, en el criterio de patentabilidad. El acuerdo sobre los ADPIC tampoco hace suya la afirmación de la soberanía nacional sobre los recursos fitogenéticos que recoge la CBD, ni se pronuncia sobre las obligaciones de empresas extranjeras cuando éstas obtienen derechos privados sobre recursos nacionales, como lo establece la CBD.

El Gobierno de Estados Unidos no comparte los términos de la CBD y, por esta precisa razón, no lo ha firmado. Tendría dificultades, por lo tanto, en incluirlos en sus TLC. La Comunidad Andina, por su parte, hizo suyos los principios de la CBD en el artículo 26 de la Decisión 486. Por este motivo, no habrían podido firmar TLC recíprocos sin abordar este problema.<sup>30</sup>

Colombia, Ecuador y Perú retomaron posteriormente esta línea cuando se abrieron las negociaciones con Estados Unidos para un TLC en 2003. Sin embargo, posteriormente Perú rompió filas, firmando su propio TLC, donde sólo se reconoce la importancia del reconocimiento de origen, el PIC y la participación equitativa en los beneficios. El posterior TLC entre Colombia y Estados Unidos incluye una cláusula de similar tono.<sup>31</sup>

Por su parte, el DR-CAFTA no hace referencia directa al tema de los conocimientos tradicionales. Por consiguiente, de acuerdo con el texto de este tratado la ausencia de especificación del origen del conocimiento, del PIR y de la participación equitativa en los beneficios (principios que, en particular, fueron incorporados a la ley de biodiversidad de Costa Rica de 1998), no podría ser causante del no otorgamiento de protección de patente.

2) Indicaciones geográficas. Las indicaciones geográficas (IG) sirven para proteger el conocimiento local, pero van mucho más allá. Las diferencias entre Estados Unidos y la UE al respecto (entre otras), dificultaron las negociaciones respectivas de los ADPIC, lo cual llevó a dejar un número de temas sin resolver. Los posteriores TLC de Estados Unidos y la Unión Europea han venido sirviendo como herramienta para dar cauce a esas indefiniciones.

Las IG, al ayudar a diferenciar e identificar origen y calidad, suministran un medio potencial para fortalecer la competitividad de los países en desarrollo en una gama diversificada de productos agrícolas y alimenticios. Sin embargo, antes de extraer provecho efectivo de este potencial, esos países deben movilizar un número de recursos complementarios, incluyendo la capacidad de ganar reputación, asegurar la calidad estable del producto y garantizar la conformidad respecto de los requisitos técnicos en los mercados de destino, algo que muy pocos entre ellos están en condiciones de hacer de manera sistemática y sostenida. En consecuencia, en éste, como en tantos otros órdenes

<sup>29</sup> Por tanto, excepto por sus atributos idiosincráticos, el conocimiento tradicional se aproximaría más en este enfoque al modelo de los sistemas abiertos discutidos más adelante, en cuyo caso sería difícil que el problema pudiera resolverse en el espacio de los DPI, espacio que es reivindicado por medio de los TLC, donde se considera al conocimiento tradicional como una variedad de la propiedad individual sujeta a negociación comercial y susceptible de ser protegida por medio de los DPI.

<sup>30</sup> Las tensiones resultantes ya se pusieron en evidencia durante las negociaciones del ALCA, cuando los países andinos propusieron que se revelase el origen, el Prior Informed Consent (PIC) y la participación en los beneficios de todas las patentes basadas en la biodiversidad, lo cual no fue aceptado por Estados Unidos.

<sup>31</sup> Perú y Colombia firmaron sus respectivos TLC con Estados Unidos en 2006 y Perú lo ratificó ese mismo año (si bien, a comienzos de 2007, Estados Unidos ha planteado su renegociación, especialmente con objeto de considerar cláusulas laborales a instancias de la nueva mayoría demócrata en el Congreso).

relativos a los DPI, la carencia de evaluaciones de impacto económico y social resta fundamento y certidumbre a las diversas posiciones que se enarbolan en los foros internacionales.

La UE usa las IG como un medio para apoyar a las comunidades rurales y de pequeños agricultores, lo cual ofrece a los países en desarrollo un posible modelo regulatorio. En este contexto, la UE considera un sistema de registro comunitario como parte necesaria de su política agrícola. Por ello la UE ha procurado incluir este aspecto en el acuerdo relativo a los ADPIC, si bien limitado a vinos y bebidas alcohólicas, y ha logrado que el acuerdo haga un llamado a continuar las negociaciones con ese propósito.<sup>32</sup> En junio de 2005 la UE propuso modificar el acuerdo sobre los ADPIC a esos efectos, extendiendo asimismo la protección más allá de vinos y bebidas alcohólicas, a lo cual se opusieron Estados Unidos, con el apoyo de la mayoría de los países en desarrollo, incluyendo Argentina, Chile, Costa Rica, Ecuador, Guatemala y El Salvador, por temor a que tal medida socavase el acceso potencial a mercados de sus productos agrícolas y alimenticios.<sup>33</sup>

Con más de 700 IG registradas, la UE dispone de una sofisticada infraestructura institucional y capacidad técnica para extraer máximo provecho de un sistema expandido de protección. Su propuesta por el establecimiento de un modelo sui generis de regulación en esta materia es por tanto funcional a esa capacidad. Estados Unidos, por su parte, propone un modelo alternativo por el cual las IG sean protegidas como un subconjunto de sistema de marcas comerciales.<sup>34</sup> De hecho, el acuerdo sobre los ADPIC adopta un modelo regulatorio dual por el cual se brinda mayor protección a los vinos y bebidas alcohólicas, mientras que queda bajo la responsabilidad de los gobiernos nacionales la protección de otros productos agrícolas y alimenticios por medio de la protección de marcas comerciales y la legislación de competencia desleal.

Cabe apuntar que los países en desarrollo con capacidad financiera y técnica necesaria para ganar mercados con productos donde cuentan con una clara ventaja competitiva podrían beneficiarse del enfoque europeo.<sup>35</sup> Sin embargo, para aquellos países en desarrollo que ya disponen de marcas comerciales reconocidas y que ocupan un lugar significativo en el mercado, la coexistencia con las IG puede no serles necesariamente ventajosa.

La dualidad del acuerdo sobre los ADPIC da lugar a que los TLC puedan introducir definiciones ausentes de ese acuerdo. Por ejemplo, los TLC pueden de hecho evitar las excepciones previstas por el artículo 24(9),<sup>36</sup> de modo que, según Evans y Blakeney (1999), “feta”, a pesar de ser un término genérico, podría no poder ser exportado por un país con el cual la UE haya firmado un TLC bilateral o regional. En la medida en que esto sea así, tal prohibición podría generalizarse con la firma por la UE de un número suficiente de TLC en virtud del principio de nación más favorecida del artículo 4 del acuerdo sobre los ADPIC.

<sup>32</sup> Véase el artículo 23(4) del ADPIC así como el párrafo 18 de la Declaración de Doha.

<sup>33</sup> La propuesta europea fue apoyada por varios países en desarrollo, incluyendo Kenia, Nigeria y Sudáfrica y, en América Latina, Cuba, Honduras, Nicaragua, República Dominicana y Venezuela. Además de ser percibidas como útiles para el desarrollo de las exportaciones de productos, como el arroz, el té y el café, las IG han sido consideradas también como una forma de protección del conocimiento tradicional (véase, por ejemplo, Downes y Laird, 1999 y Blakeney, 2001). Los países que se oponen a la iniciativa europea, incluyendo Argentina y Chile, proponen un sistema de notificación voluntaria sin obligación de proteger las IG registradas. A estos países les preocupan los costos de implementación de un sistema mandatorio de registro y protección extendida.

<sup>34</sup> Estas diferencias llevaron a una presentación de Estados Unidos (con Australia) ante el órgano de solución de diferencias de la OMC, el cual, si bien falló a favor de Estados Unidos con respecto al (discriminatorio) tratamiento europeo de IG extranjeras, validó a las IG como legítimo DPI con una jerarquía a la par de las marcas comerciales (WTO, 2005).

<sup>35</sup> De hecho, la primera solicitud de registro de una IG no europea en UE fue hecha por la Federación Nacional de Plantadores de Café de Colombia, el 13 de junio de 2005. Si el registro se concreta, tan sólo aquellos productos que cumplan con la especificación respectiva (Designación Protegida de Origen) podrán ser comercializados en Europa bajo la designación “Café de Colombia”. La federación procura apoyarse en las IG para reforzar su protección de marca y así aumentar su participación en el mercado global y compensar la caída de precios, así como la demanda por diferenciación de producto.

<sup>36</sup> El artículo 24(9) establece que no hay obligación de proteger IG que se hayan vuelto genéricas en su país de origen. Cabe apuntar que la propuesta europea erradicaría esta excepción, así como la posibilidad de utilizar marcas comerciales y términos genéricos establecidos (Evans y Blakeney, 1999).

Desde la firma del acuerdo sobre los ADPIC, los países más industrializados han avanzado en lo relativo a las IG por tres vías alternativas (que se hacen extensivas a sus respectivos TLC con terceros países). Primero, su protección como parte integrante del régimen de marcas comerciales, según el modelo de Estados Unidos. Segundo, el modelo de la UE (e India), que consiste en sistemas especializados de protección de las IG. Y tercero, países como Japón que han adoptado un sistema colectivo de marcas regionales como parte de sus regímenes de marcas comerciales.<sup>37</sup>

iv) Software, bases de datos y derechos de autor. Históricamente, el reconocimiento pleno de los derechos de autor, así como el de otros DPI, fue resistido en principio por los países industrializados. Estados Unidos, por ejemplo, procuró apoyar el desarrollo de su industria editorial, justificado en la necesidad de promover su propio acervo cultural mediante el no reconocimiento de los derechos de titulares extranjeros de derechos de autor. Esto se destaca en contraste con el fuerte apoyo actual al fortalecimiento de esos derechos a escala global, una vez que las “industrias del *copyright*” (*software*, películas, música) pasaron a representar uno de los sectores de expansión más rápida del comercio de exportación.

Al afectar el acceso al conocimiento y a la información, este hecho es de una gran significación para el avance cultural, científico y tecnológico de las sociedades en desarrollo, tanto por vía de restricciones al acceso a libros de texto, información científica, bibliotecas digitales y *software* de computadoras, como por su encarecimiento a partir de políticas de maximización de rentas de los titulares de los derechos.

Los acuerdos internacionales —como la Convención de Berna para la protección de trabajos literarios y artísticos— contemplan una serie limitada de excepciones (para enseñanza, investigación y uso privado) basadas en el “uso y tratamiento justos” y en la medida en que no interfiriesen con la “normal explotación” de los derechos.<sup>38</sup> La conferencia de Estocolmo de 1967 abogó por flexibilidades adicionales vía un Protocolo que permitía a los países en desarrollo términos reducidos de protección de 25 años para el licenciamiento compulsivo de traducciones a sus propios idiomas y para cualquier uso protegido con propósitos educativos, científicos y de investigación.<sup>39</sup>

De hecho, el recurso a excepciones ha sido y sigue siendo crecientemente circunscrito, especialmente por medio de la internacionalización de cuerpos legales que comenzaron a

---

<sup>37</sup> A través de sus TLC, incluyendo Chile, México, así como Australia y Sudáfrica, la UE ha procurado el reconocimiento de IG específicas concernientes a vinos y/o bebidas alcohólicas. El artículo 4.4 del acuerdo entre la UE y México sobre bebidas alcohólicas excluye la aplicabilidad del artículo 24.5 del acuerdo sobre ADPIC en el contexto bilateral, mientras que el acuerdo con Chile sobre vino y bebidas alcohólicas, si bien no se refiere a ese artículo, establece que se denegará el registro de una marca comercial idéntica a una IG ya protegida. También se establece que se cancelarán las marcas comerciales chilenas listadas en un apéndice tras 12 años de firmado el acuerdo (febrero de 2003) para su uso interno, cinco años para exportaciones e inmediatamente cuando se exporten pequeñas cantidades (artículo 7 del acuerdo). El acuerdo sobre vinos extiende la protección acordada a las IG contra marcas comerciales idénticas o similares a expresiones tradicionales tales como “vino dulce natural”, “reserva” y “noble”. En cuanto a Estados Unidos, en sus TLC ha tendido a aplicar un sistema dual de protección de IG y marcas comerciales (caso Chile), cuando no ha subsumido las primeras en las segundas (caso Australia). Véase, en este sentido, Vivas Eugui y Spennemann (2006). En el caso del TLC con Centroamérica y la República Dominicana se establece que no se protegerá aquellas IG que puedan confundirse con una marca comercial pendiente o preexistente.

<sup>38</sup> Esta Convención fue primero adoptada en Suiza en 1886 y luego revisada en ocho oportunidades posteriores, la última en 1979.

<sup>39</sup> No obstante, los países industrializados no permitieron la ratificación de este Protocolo. Recién en París en 1971 acordaron una versión menguada de éste, circunscribiendo en lo esencial el licenciamiento compulsivo a las traducciones de publicaciones protegidas a idiomas locales. Aun así, muy pocos países en desarrollo ratificaron estas provisiones especiales en sus leyes nacionales.

introducirse a nivel nacional en los países industrializados desde la segunda mitad de los años noventa.<sup>40</sup>

A raíz de ello se ha expresado la preocupación de que estas crecientes restricciones y el consiguiente encarecimiento plantean un serio riesgo de que el mundo en desarrollo pueda perder la posibilidad de aprovechar el potencial de Internet como resultado del uso de medios tecnológicos para impedir el acceso público (DFID, 2002).

Como práctica de rutina, los TLC bilaterales y regionales incluyen requerimientos de adhesión de los países signatarios a los principios y regulaciones adoptados en esos nuevos cuerpos legales y sus expresiones internacionales, incluyendo los tratados de la OMPI de ley de patente del 1 de junio de 2000, sobre derecho de autor del 20 de diciembre de 1996 y sobre interpretación o ejecución y fonogramas, de la misma fecha.

Más allá del impacto de reforzamiento del régimen de protección del derecho de autor, una herramienta de creciente importancia para controlar y acotar el margen de difusión de la información y conocimientos contenidos en los objetos protegidos, consiste en la introducción de restricciones tecnológicas.

Las industrias de publicaciones y de *software* están recurriendo cada vez más a restricciones de acceso por medio de sistemas digitales de control, como las tecnologías de cifrado. Estas tecnologías tornan obsoleto o inocuo el recurso al derecho de “uso justo” para buscar, compartir, o hacer copias privadas de trabajos en formato digital, por cuanto no son accesibles excepto mediante pago, aun para usos considerados legítimos. Una consecuencia de ello es la creciente incapacidad de los países en desarrollo, particularmente los más pobres, de acceder a la información que se ofrece en el mercado, la cual queda más allá de sus posibilidades presupuestarias.

El DMCA de 1998 dio lugar a:

- 1) Un fuerte impulso al uso de la protección tecnológica.
- 2) La ilegalización de la circunvalación de la protección tecnológica.
- 3) La instauración de tendencias hacia la eliminación de excepciones.
- 4) La protección por tiempo indefinido.

Por su parte, la Directiva 96/9/EC de la UE:

- 1) Introduce una protección sui generis por 15 años renovables.
- 2) Requiere una “inversión sustancial” como única evidencia.
- 3) Sólo protege a extranjeros sobre bases bilaterales.

El Tratado de Derecho de Autor de la OMPI especifica los derechos exclusivos de los titulares de trabajos en el medio digital y convoca a los países a suministrar remedios legales eficaces contra la desactivación de las medidas de protección tecnológicas destinadas a restringir los accesos no autorizados.

---

<sup>40</sup> Pese a la referencia a (y sanciones contra) la “piratería” de trabajos protegidos, la mayor parte (alrededor del 60%) de las pérdidas por copias no autorizadas se originan en los propios países industrialmente avanzados. Al mismo tiempo, es de apuntar que los países más exitosos en el cierre de la brecha tecnológica, la República de Corea y la provincia china de Taiwán han sido y siguen siendo parte de las listas de vigilancia de la Oficina del USTR, entre otras cosas, por verificarse que información confidencial “protegida” que debe someterse al gobierno, especialmente en el caso de la industria farmacéutica, termina con frecuencia en manos de empresas locales. Como se sabe, la apropiación del conocimiento científico y tecnológico no importa su fuente, y los procesos de aprendizaje a ello vinculados, han sido y continúan siendo una prioridad absoluta de estos países, así como la de otros que hoy representan los esfuerzos más exitosos en curso (China e India).

A la fecha, el Tratado ha sido firmado por 60 países, casi un tercio de los cuales son latinoamericanos y caribeños.<sup>41</sup> Burkina Faso, Malí y Gabón figuraron entre los primeros en ratificarlo, junto a otros 32 países en abril de 2002. Los TLC bilaterales y regionales constituyen un acicate probadamente efectivo, a cambio de ventajas comerciales, para que los países que forman parte de esos tratados accedan al tratado de derecho de autor de la OMPI, o incluso que adopten prohibiciones más estrictas contra la desactivación de los sistemas tecnológicos de protección.

Actualmente, las industrias de “contenido” digital están promoviendo una legislación que requeriría a los productores de tecnología de computación que sus productos incorporen mecanismos para prevenir la copia no autorizada de trabajos digitales.

A todo esto puede agregarse el riesgo involucrado por una tendencia a replicar internacionalmente el régimen de protección sui géneris de protección de bases electrónicas de datos científicos y técnicos de los 25 países de la UE, superándose así ampliamente la protección limitada provista por el ADPIC y la Convención de Berna. Este riesgo resulta en que el régimen europeo en cuestión tan sólo se extiende a extranjeros sobre bases de reciprocidad.<sup>42</sup>

Por lo tanto, los estándares de protección del derecho de autor en los acuerdos multilaterales y bilaterales no parecen ser adecuados para las necesidades del desarrollo. Métodos tales como la codificación, las medidas contra la desactivación de los sistemas tecnológicos de protección y formas sui géneris de protección de bases de datos pueden restringir legítimas actividades de investigación y educación. Además, la protección tipo *evergreening* y la jurisprudencia en Estados Unidos pueden limitar injustificadamente el ámbito de la ingeniería inversa de *software*, lo cual requiere normativas nacionales apropiadas, así como el recurso a los sistemas abiertos de *software* (OSS, por sus siglas en inglés).<sup>43</sup>

Ahora bien, la legislación nacional puede anular la validez de restricciones al *fair use* de información digital o *software*, que van más allá de los acuerdos internacionales previos. Son legales las medidas para contrarrestar medios tecnológicos que restringen ese uso. La adhesión al tratado de derechos de autor de la OMPI, así como la ruta adoptada por Estados Unidos y la UE respecto de la protección de bases de datos, requieren una muy cuidadosa evaluación.

Hasta aquí se ha revisado la evidencia relativa al tratamiento de los DPI en los TLC bilaterales y regionales así como en los TBI, con lo que se han identificado preocupantes tendencias hacia la restricción del desarrollo de la competencia basada en la innovación por parte de los países en desarrollo en la más variada gama de ámbitos de actividad económica. Se ha mostrado, asimismo, que estas tendencias, si bien acordes con el fortalecimiento de los DPI que tienen lugar en los propios países industrializados, contradicen la experiencia histórica del desarrollo de estos países, al anteponer la imposición del marco legal de los DPI al desarrollo de capacidades que dan lugar a los objetos de protección.

<sup>41</sup> Estos países latinoamericanos y caribeños son: Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Santa Lucía, Uruguay y Venezuela.

<sup>42</sup> Una iniciativa similar, el borrador de la ley “antipirata” de inversión en bases de datos y propiedad intelectual de 1966 está aún bajo consideración del congreso estadounidense.

<sup>43</sup> El problema de la protección tipo *evergreening*, por la cual el titular de una patente renueva su monopolio mas allá del período original de 20 años, está dando lugar a una interesante controversia en la India, cuya ley de patentes proscribió esta posibilidad, excepto en caso de una mayor eficacia de un medicamento. A raíz de ello, la transnacional suiza Novartis ha planteado la inconstitucionalidad de esta ley por sentirse afectada con relación a su droga anticáncer Glivec, que introdujo originalmente en el mercado antes de 1995, pero para un nuevo formato para el cual está pidiendo ahora protección. El precio del medicamento de Novartis por un año de tratamiento asciende a 27.000 dólares, en tanto que la de su equivalente genérico es de 2.200 dólares (Bisserve, 2007).

### RECUADRO 3 UN CASO PARADIGMÁTICO DE CONTRACORRIENTE: EL SOFTWARE DE “FUENTE ABIERTA”

Los sistemas abiertos de *software* (OSS), también denominados de *software* libre, han ganado una robusta presencia en el mercado y han devenido en una opción normal de los paquetes de *software* propietario. Pero no se trata simplemente de una opción práctica, sino que tienen importantes implicaciones, entre otras, desde el punto de vista de la economía de la innovación. También adquieren particular relevancia con respecto a los principios de organización del trabajo productivo (véase Von Krogh y Von Hippel, 2003).

El OSS entraña un enfoque alternativo a la teoría estándar relativa al uso de ciertas formas de protección de los DPI para estimular la actividad innovadora. Se parte del reconocimiento, como hecho central, de que si bien la protección de nuevas tecnologías por medio de la concesión de derechos exclusivos de patente puede promover la actividad innovadora, ello puede resultar a expensas de la difusión en escala socialmente deseable. Esta difusión puede ser vital para facilitar el desarrollo del mercado y el aprendizaje acumulativo. Los estándares abiertos de *software*, por su parte, implican que las especificaciones para ejecutar una determinada rutina estén disponibles públicamente, promoviéndose así la interoperabilidad de los diversos sistemas complementarios, así como sucesivas olas de nuevos impulsos al crecimiento del mercado en su conjunto. Si bien es cierto que se supone que quien registra una patente debe suministrar suficiente información a la oficina de patentes como para permitir reproducir la invención a cualquiera suficientemente versado en la materia. Empero, tal es raramente el caso, ya que habitualmente se preserva como conocimiento secreto elementos vitales (“tácitos”) del *know-how* involucrado, ya sea porque no han sido codificados adrede o por ser difícil su codificación.

En lugar de centrarse en la asignación de derechos de propiedad sobre conocimiento ya creado, la esencia del OSS radica en operar una transformación de la naturaleza del sistema innovador en sí mismo, previo a la existencia de nuevo conocimiento sobre el cual pueda reclamarse un derecho de propiedad. Esto no excluye una fuerte protección mediante derechos de autor. Los sistemas de *software* de OS son de hecho protegidos por una licencia especial de derechos de autor, la licencia general pública (*General Public License-GPL* o *copyleft*). En este caso, al contrario de lo que ocurre con los sistemas cerrados o propietarios de *software*, el código básico o fuente (*source code*) se hace universalmente accesible y puede ser bajado, usado, modificado o (re)distribuido por cualquiera. Dado que, en este caso, los cambios en el *software* son promovidos “de abajo hacia arriba”, siendo los usuarios finales quienes inician e implementan las modificaciones sobre la base de sus necesidades genuinas, surge la posibilidad de reducir el tiempo requerido para generar, probar la factibilidad y seguridad, y llevar las innovaciones al mercado. Las innovaciones hechas por y para los usuarios implican que sus problemas reales son afrontados de manera colectiva e interactiva, en lugar de ser encarados con el conocimiento limitado de unos pocos especialistas de empresas a cargo de desarrollar posibles aplicaciones.

El desarrollo del sistema OSS ha atraído a empresas globales de la talla de IBM, Sun Microsystems, Novell y Hewlett-Packard, las cuales han abandonado su dedicación exclusiva a sistemas operativos comerciales. El número de los proyectos de OSS ha crecido rápidamente. Por ejemplo, una de las redes más grandes, la *Source-forge.net*, registra actualmente una cartera activa de unos 140.000 proyectos, con 1.483.300 usuarios-innovadores. Ejemplos bien conocidos de aplicaciones desarrolladas colectivamente por usuarios incluyen el sistema operativo GNU/Linux, el *software* de servidores Apache, el sistema de correo electrónico SendMail y el sistema de programación Perl. En el curso de un cuatrienio, y tras muchas modificaciones de los usuarios, Apache se ha convertido en el servidor más popular del Internet, a pesar de la fuerte competencia de los proveedores comerciales, y actualmente es usado por aproximadamente 60% de los sitios registrados mundialmente.

¿Es posible que la dinámica competitiva observable entre sistemas abiertos y sistemas propietarios de *software* se sostenga en el tiempo? La evidencia apunta a una respuesta positiva. La explicación radica en que las diversas fuentes de externalidades de red están beneficiando no sólo a los sistemas propietarios sino también a los de OSS (Bonaccorsi y Rossi, 2003). Una evidencia de ello es que importantes operadores comerciales, como los mencionados en el párrafo anterior, han decidido evitar el choque competitivo frontal y cooperar con los sistemas de OSS por medio de estrategias híbridas de imbricamiento de plataformas propietarias y de OSS.

Fuente: Elaboración propia.



## II. Discusión de políticas

---

### 1. TLC y DPI: restricciones

Bajo el estímulo catalítico de la competencia global, los acontecimientos posteriores a la firma del acuerdo de ADPIC en 1995 significaron la continua agregación de barreras legales que desafían el margen de acción de los países en desarrollo para promover sus capacidades científicas, tecnológicas e innovadoras. La creciente divergencia de largo plazo observable en la distribución internacional de las mejoras de ingreso y productividad constituye la más concluyente evidencia al respecto.

Los TLC bilaterales y regionales, así como los TBI, fueron introduciendo una gradual brecha entre los compromisos ahí adquiridos sobre los DPI y los alcances del contexto normativo global. Con el acicate del refuerzo secular de los DPI en los propios países más industrializados y la impronta por su progresiva internacionalización, esos tratados han ido consolidando la reversión de lo que había sido el acomodamiento histórico del marco jurídico de los DPI a los requerimientos del desarrollo innovador en las sociedades hoy avanzadas.

Esto se ve agravado aun más por el constreñimiento del ámbito global del conocimiento de dominio público (“tragedia de los *anticommons*”). Además, frente a la limitada relevancia de las patentes respecto de otros medios de apropiación de los frutos del esfuerzo innovador, más allá de las industrias farmacéutica y biotecnológica, así como respecto de los flujos de IED hacia los países en desarrollo,

su papel se ha ido orientando hacia la maximización redistributiva de rentas mediante el cercenamiento de la competencia actual y potencial.

Por último, la erosión del reconocimiento legal de las actividades de ingeniería inversa por su contribución a la realimentación de la competencia termina agravando la situación de los *late-comers*.

Estas tendencias comprenden un espectro de derechos que va mucho más allá de las patentes y el derecho de autor, y abarcan también áreas tan diversas como las de la salud, la biodiversidad, el conocimiento tradicional, las indicaciones geográficas, las bases de datos y nuevas formas de DPI, tales como datos de prueba y nuevos modelos sui generis de protección. Su impacto se ha visto reforzado por medio de las así llamadas cláusulas ADPIC-plus.

Ante todo ello, la respuesta de los países latinoamericanos ha prescindido del beneficio de apropiados análisis de impacto económico y social *ex ante*, dadas las tareas de negociación comercial. Las negociaciones respecto de los DPI, fuertes condicionantes del desarrollo de la capacidad innovadora local en el mediano plazo en un marco global, fueron frecuentemente encaradas como herramientas comerciales de corto plazo.

## 2. La fuerza de los regímenes de DPI, aprendizaje tecnológico local y desarrollo económico

El proceso de industrialización de los países hoy desarrollados tuvo lugar bajo condiciones de acceso al conocimiento científico y tecnológico considerablemente menos restrictivas que las hoy imperantes. Éstas introducen limitaciones significativas a la generación y difusión de ese conocimiento y, con ello, al potencial de crecimiento de mediano y largo plazo de las economías no desarrolladas, limitaciones que no existían anteriormente, o lo hacían en menor medida. Al mismo tiempo, dependiendo de las capacidades domésticas, el acceso potencial al conocimiento, en contraste con la posibilidad de su usufructo, nunca ha sido tan amplio como lo es hoy, merced al crecimiento explosivo de la oferta global del conocimiento codificado y de los medios para su acceso.<sup>44</sup>

De hecho, el rápido aumento y mayor complejidad de la oferta acumulada de conocimiento codificado requiere crecientes umbrales de capacidad por parte de aquellos usuarios potenciales que procuren extraerle provecho efectivo, incluyendo el dominio del conocimiento tácito involucrado en su utilización.

El “espacio” convencional de políticas es hoy menor de lo que ha sido en el pasado. Sin embargo, debe prestarse atención a la necesidad de implementar políticas públicas destinadas a revalorizar la calidad de ese espacio. Como queda dicho, esto implica priorizar la formación de capacidades domésticas, especialmente las relativas al desarrollo de sistemas locales públicos y privados de conocimiento e incorporar la capacidad de negociación disponible en ese empeño.

<sup>44</sup> La cantidad de nueva información contenida en diversos formatos (papel, películas, cintas magnéticas, medios ópticos) crece aproximadamente a razón del 30% anual. Similarmente explosivo es el incremento de los flujos de información por medios electrónicos (Lyman y Varian, 2003). La manera de superar asimetrías de acceso al conocimiento codificado consiste en el desarrollo de la capacidad y la infraestructura tecnológica locales. Ello se hace necesario en vista de las cada vez más elevadas barreras de acceso erigidas por medio de propietarios. Los bancos de datos científicos, aun los construidos con patrocinio estatal, han venido siendo privatizados y sujetos a políticas de precios oligopólicas. El precio de la literatura científica accesible electrónicamente ha venido registrando niveles crecientes, lo cual ha sido influenciado por la rápida concentración de la industria editorial global. El 44% de los artículos listados por el Instituto de Información Científica (ISI o Thompson Scientific, editor del *J*) son publicados por revistas controladas por tan sólo cinco editoriales. De acuerdo con el Consorcio de Bibliotecas de Investigación Universitaria del Reino Unido (CURL), entre 1998 y 2003, el precio medio de las revistas académicas creció 58% (CURL, 2003).

Desde el punto de vista de los países en desarrollo, particularmente los más pobres, el problema de la creciente apropiación de rentas derivadas del control de los DPI por empresas basadas en los países industrialmente avanzados se expresa tanto en las dificultades de acceso al conocimiento como en su creciente costo, cada vez más por encima del alcance de los recursos presupuestarios de esos países. De ello resulta como importante consecuencia una decreciente asignación de recursos a la formación de capacidades, generándose así un círculo vicioso por el cual el costo y las dificultades de acceso limitan la inversión en formación de capacidad, mientras que la subinversión en capacidad constriñe aun más la posibilidad de acceso al conocimiento disponible.

Resulta claro que el dominio del conocimiento se ha tornado el insumo clave del desarrollo económico contemporáneo. Sin él, los países en desarrollo no podrán acrecentar su potencial para cerrar, o aun para reducir las brechas de productividad e ingreso con los países industrialmente avanzados. Así, variables tales como las vinculadas a la difusión de las tecnologías de la información y las comunicaciones, la infraestructura, el esfuerzo y la generación de conocimientos tecnológicos locales, los niveles de calidad de la actividad productiva y el capital humano, al definir la capacidad de absorción de conocimientos de un país, junto con otras variables como las relativas a la apertura de la economía, la eficacia del sistema financiero y la calidad de la gobernanza, son claves para estrechar las brechas del desarrollo.

En efecto, el análisis estadístico basado en el análisis factorial de principales componentes para 135 países y 29 indicadores de capacidad social, como los mencionados en el párrafo anterior para el período 1992-2002, arroja los siguientes resultados:

a) Los cinco principales factores ortogonales identificados explican estadísticamente poco menos del 80% de la varianza total en los niveles y tasas de crecimiento económico de los 135 países, y

b) El más importante entre esos factores es un vector compuesto integrado por las variables vinculadas a la generación, uso y transmisión de conocimiento (innovación, I&D, publicaciones científicas, infraestructura de información y telecomunicaciones, certificaciones de calidad y educación) (ONUUDI, 2005, capítulo 2).<sup>45</sup>

Esta evidencia sugiere con fuerza que el acervo de conocimientos es la principal fuente de diferencia en los niveles de ingreso per cápita entre regiones. En especial, los países industrialmente avanzados, los países y territorios de industrialización exitosa del Asia sudoriental (la provincia china de Hong Kong, la provincia china de Taiwán, la República de Corea y Singapur) y los nuevos miembros de la Unión Europea extraen significativas ventajas de sus elevados acervos de conocimientos con relación a otros factores que contribuyen a su avance relativo. Así, esta circunstancia representa cerca de la mitad de su diferencia en ingreso per cápita con respecto al promedio de la muestra (la diferencia asciende a 7.900 dólares en términos absolutos). De manera similar, los países del África subsahariana y del Sur del Asia sufren un claro perjuicio por su desventajosa posición en materia de dominio de conocimientos: este factor, por sí solo, explica estadísticamente el 60% del rezago que esos países sufren con respecto a los países industrialmente avanzados.

Por estas razones, no restan dudas de que la introducción de restricciones al acceso al conocimiento y al desarrollo de la capacidad innovadora de los países menos avanzados puede constituir un impedimento decisivo para la reducción de las brechas del desarrollo, contribuyendo a sesgar aun más la desigual distribución de los beneficios de la expansión del comercio y las

<sup>45</sup> Estos resultados son invariantes a cambios en la definición de los factores considerados, las técnicas de estimación y la inclusión de variables adicionales, tales como las relativas a atributos vinculados a la geografía y la historia.

inversiones internacionales, y a frenar la disminución de la pobreza en la mayoría abrumadora de los países en desarrollo.

### **3. DPI y las políticas industrial, de ciencia y tecnología y de innovación**

El despliegue de las capacidades sociales, incluyendo la capacidad innovadora, en un contexto de articulación entre sector empresario, los sistemas domésticos de conocimiento y la gestión de las políticas públicas, es una prioridad impostergable de los países en desarrollo. Esta prioridad subyace a los marcos legales, los cuales deben acomodarse a las necesidades históricas propias de ese despliegue.

La comunidad internacional avanza a paso firme hacia la aceptación de la idea de que las variables vinculadas con el conocimiento constituyen los motores centrales de la búsqueda de los países en desarrollo por acortar la brecha de productividad e ingresos con los países industrialmente avanzados en la economía global actual.

No obstante, el ejemplo de la exitosa experiencia de unos pocos países en desarrollo en hacerlo así, especialmente en el Asia sudoriental, no parece haber sido asimilado plenamente por el mundo en desarrollo en su conjunto, donde, en cambio, se observa una falta de priorizar la formación de competencias en la asignación de recursos.

Este déficit obedece en gran medida a la inconsistencia entre el creciente reconocimiento de la necesidad de concebir y ejecutar políticas proactivas de formación de competencias, por una parte, y las prácticas corrientes reactivas de política, fundadas en la búsqueda, identificación y “compensación” de fallas de mercado, antes que en la promoción del cambio estructural e institucional indispensables para economías en fase formativa. Así lo entendieron los países de *catching-up* exitoso, los cuales construyeron los eslabones perdidos de política pública con arreglo a sus propias circunstancias, en contraposición con los modelos teóricos de optimización de la economía convencional.

El carácter unitario y complementario de la diversidad de los desafíos que afrontan los países en desarrollo en su participación a la economía global responde a razones más profundas que el *single undertaking* (o cometido único) que suscribieron con la OMC. En la progresiva movilización de la capacidad innovadora local, esos países deben lograr la gradual maduración de sus sistemas de innovación, atacando los déficit sistémicos de que éstos adolecen y emprender los cambios institucionales requeridos por sus propias circunstancias. Al hacerlo, deben ir conformando la multiplicidad de actores, eslabonamientos y funciones, sin las cuales un sistema de innovación no puede funcionar.

Esto implica una acción pública dirigida a promover las actividades de búsqueda y experimentación empresarial, la formación de mercados, la legitimación de la oferta local en los mercados internacionales, la movilización de recursos, el aprovechamiento de las externalidades positivas y el desarrollo y difusión de conocimientos. Desde luego que en esto el cambio institucional, incluyendo el de los regímenes jurídicos, es central. Pero ese cambio debe acomodarse a las condiciones locales. Avanzar en esas diversas direcciones implica la necesidad de articular organizadamente las distintas áreas de compromiso para con la OMC, incluyendo especialmente los acuerdos relativos al ADPIC, subsidios, barreras técnicas y medidas sanitarias y fitosanitarias. Todos éstos se vinculan a facetas complementarias del desarrollo de la capacidad competitiva, sin cuyo avance conjunto basado en el adelanto de los sistemas locales de conocimiento difícilmente se puedan obtener resultados efectivos.

Los países en desarrollo también deben anticipar necesidades que los mercados no anuncian. Esto se refiere especialmente a los déficit proverbiales en la demanda de innovación que deben ser compensados vía las necesarias políticas de estimulación, con el debido acompañamiento por el lado de la oferta de recursos humanos, información y conocimientos.

Ante estas circunstancias, parece fútil buscar una relación simple y unívoca entre la fuerza de la protección de los DPI y el desarrollo de la actividad innovadora en los países latinoamericanos y caribeños. Existen para este desarrollo modelos diversos y complementarios relativos a la regulación y gestión del conocimiento.

Los alcances y efectividad del estímulo que los regímenes de DPI brinden a la movilización de la actividad de invención e innovación dependen del nivel de concordancia entre esos regímenes y el desarrollo de las capacidades sociales y la maduración del sistema de innovación.

#### **4. Opciones de política pública de innovación dentro del marco jurídico global. Experiencia sudasiática previa a la entrada en vigencia del ADPIC y su enfoque actual**

Hay dos maneras para extraer provecho de la experiencia de los países de industrialización tardía y exitosa. Una consiste en tratar de “apropiarse” sus resultados emulando sus políticas públicas. Otra es poner atención sobre, y extraer lecciones respecto de, sus condiciones iniciales y modalidades de superación de sus problemas sistémicos. Puesto de otra manera, más que mirar sus políticas exitosas directamente desde el ángulo de las condiciones del país que intenta replicarlas, se trata de comprender esas políticas en términos de las propias condiciones iniciales de los países cuyo ejemplo se trata de aprovechar, para sólo luego proceder a recrearlas a partir de la propia realidad.<sup>46</sup>

Por ejemplo, contrario a una percepción común, la República de Corea y la Provincia China de Taiwán tenían características especiales que los diferenciaban de otros países en desarrollo. Hacia la época de su despegue gozaban de un nivel de educación de su población, de estabilidad política, y condiciones de distribución de ingresos y riqueza, muy superiores a los que se hubiese podido predecir a partir de una comparación internacional de su nivel de ingreso per cápita (véase Wade, 1992, p. 108; Rodrik, 1995; Temple y Johnson, 1998).

El contenido esencial que se trata de rescatar de la experiencia asiática de convergencia es que muchas de las políticas que fueron claves para su éxito hubiesen sido no necesariamente accionables en el contexto de los acuerdos de la Ronda de Uruguay, como no lo son tampoco muchas de las que hoy día, con el mismo móvil, aplican China e India.

Ello es así porque en lo esencial esas políticas rebasaron la manipulación de los regímenes de incentivos a los efectos de beneficiar ciertos sectores específicos que, de otra manera, no hubiesen podido competir internacionalmente. Esencialmente apuntaron a introducir las reformas institucionales y estructurales e invertir en formación de capacidad científica y tecnológica los recursos necesarios como para que la actividad empresarial pudiese basar su éxito competitivo en su desempeño innovador mediante el acceso doméstico y complementado por inversiones directas, licencias y otros medios de fuente externa, a los recursos innovadores, conocimiento tecnológico y capacidad técnica necesarios.

<sup>46</sup> La experiencia de algunos países del África pone de manifiesto los riesgos de arrojar miradas miopes a las experiencias exitosas. Ghana, uno de los países de mejor desempeño de su región por su estabilidad macro e institucional y alto nivel de compromiso con el cambio, no ha sido capaz de concretar su “visión” de replicar el éxito de los “tigres asiáticos”. Su “Visión 2020”, que buscaba lograr para el año 2020 una economía balanceada, estatus de país de ingreso medio y un estándar de vida similar al actual de Singapur, no logró encaminarse en esa dirección. Para ello, el país hubiese requerido una tasa de crecimiento anual del 8.6%, no habiendo podido superar el 2% en promedio. Otros países africanos, tales como Cote d’Ivoire y Kenya tuvieron visiones similares. Subyace a estas decepciones la inhabilidad de capturar los contenidos esenciales de las experiencias exitosas de *catch-up*.

Si bien, como queda dicho, los acuerdos de la Ronda Uruguay han restringido los grados de libertad de políticas, esto no debe exagerarse. Las políticas relativas al desarrollo científico, tecnológico e innovador, la formación de capacidades, el progreso social, el desarrollo regional y ambiental y las reformas institucionales para facilitar el dominio y difusión del conocimiento, entre otros, pueden avanzar sustancialmente sin ser sujetos de acciones positivas en los términos de los acuerdos de la OMC. Sin embargo, este margen de maniobra puede verse constreñido, quizá severamente, por las restricciones adicionales introducidas por medio de los TLC y TBI que se multiplicaron posteriormente. Y es en este sentido que resulta esencial tender a crear una atmósfera internacional más propicia a la reversión de dichas tendencias, particularmente en lo que respecta a las limitaciones al acceso al conocimiento.

### **III. Consideraciones finales: tendencias en el flujo global internacional de conocimientos y la formación de capacidad global**

---

Una de las justificaciones habitualmente utilizadas en la época de negociación del acuerdo sobre los ADPIC fue que, a cambio de los mayores costos por acceder legalmente a la tecnología procedente de las firmas basadas en los países desarrollados, éstos brindarían concesiones en áreas como la agrícola y la textil (Rowat, 1993). Una porción significativa de estas supuestas concesiones está aún por cumplirse. También se especulaba con que la multilateralización de las negociaciones sobre DPI beneficiaría a los países en desarrollo. Sin embargo, lo que viene ocurriendo es precisamente lo contrario. Hay una fuerte tendencia hacia una progresiva bilateralización de las negociaciones sobre DPI, que se ha venido acentuando durante los últimos años, dando lugar a una traslación regresiva del eje de coordenadas (y la dirección) de esos potenciales beneficios.

A falta de modalidades puramente comerciales de compensación, hasta hoy esquivas, es hora de imaginar alternativas por las cuales los países más industrializados reconozcan su parte del trato, apoyando el potencial innovador de las economías en desarrollo. Esto tan sólo estimularía su propio dinamismo innovador al confrontarlos a desafíos competitivos, de los cuales tan sólo saldrían airoso mediante el genuino mejoramiento de su propio desempeño, como de hecho se están viendo forzados hoy a proceder, pese a

inercias proteccionistas, ante los desafíos de China y de la India, así como ocurrió en el pasado reciente con Japón y la República de Corea (los cuales, sin duda, acentúan, como externalidad negativa, insistentes llamados proteccionistas que llevarían a un juego de suma negativa en los terrenos económico, político y de seguridad).

En este sentido, es importante recuperar algunos contenidos del acuerdo sobre los ADPIC, como los señalados en la introducción de este trabajo, revalidándolos plenamente en los foros internacionales y contrarrestando su marginación como resultado de las actuales tendencias en la materia.

En efecto, el acuerdo sobre los ADPIC contiene objetivos y principios básicos que parecerían estar cayendo en el olvido con el transcurso del tiempo, pero que resulta necesario recuperar y preservar en aras de la equidad y la estabilidad del sistema económico internacional. Esos fundamentos han venido siendo desplazados gradualmente del área de atención a raíz de la fuerza de las tendencias examinadas en este documento, de las cuales los TLC y TBI bilaterales y regionales sirven como efectivo conducto transmisor de escala global.

El forcejeo negociador previo al acuerdo sobre los ADPIC reflejaba una tensión no resuelta entre los países desarrollados, por una parte, los cuales tenderían a elevar los estándares de protección de los DPI, y los países en desarrollo, por otra, que demandaban medidas de resguardo en sentido contrario. A pesar de introducir estándares mínimos acomodados a las prácticas de los primeros, el acuerdo sobre los ADPIC ofreció una salida a esta desavenencia. Pero, al mismo tiempo, legitimó limitaciones al ámbito de protección como fórmula de compromiso entre los intereses públicos y privados.

Así, por una parte, el acuerdo sobre los ADPIC no excluye campo alguno de la tecnología de la protección de patente. Proscribe la discriminación según el lugar de la invención (artículo 27(1)) y establece un período de protección uniforme de 20 años a partir de la fecha de registro, así como condiciones uniformes de elegibilidad y derechos exclusivos específicos (artículos 27, 28 y 33). Esos derechos exclusivos deben incluir el de abastecer el mercado con importaciones de los productos patentados, sentando así, en principio, la base para considerar esas importaciones como ejercicio del derecho protegido (Reichman, 2003).

Pero, por otra parte, el acuerdo sobre los ADPIC también establece límites al ejercicio de estos derechos. Así, por ejemplo, se admiten excepciones para promover el interés público en sectores de importancia vital para el desarrollo económico y social, para prevenir el abuso de los DPI, incluyendo la imposición de términos comerciales abusivos, y para contrarrestar restricciones y prácticas irracionales que afecten negativamente la innovación tecnológica. También faculta a los gobiernos para adoptar medidas que aseguren la efectiva transferencia y diseminación de tecnología entre los países miembros. Éstas y otras estipulaciones del acuerdo sobre los ADPIC preservan, y podrían incluso llegar a justificar mayores limitaciones a los derechos exclusivos de los titulares de patente con arreglo al artículo 5° del Convenio de París, que algunas delegaciones de los países industrialmente avanzados desearían que fuera abrogado.<sup>47</sup>

A pesar de ello, y a excepción de la Declaración de Doha sobre el acuerdo ADPIC y la salud, los países en desarrollo han sufrido una gradual erosión del ámbito de las excepciones y, si bien en contados casos han amenazado con hacer uso del licenciamiento obligatorio, nunca lo han hecho. Si bien los países en desarrollo están legalmente facultados para defender su derecho a aplicar medidas punitivas y recurrir a mecanismos de excepción (*remedial action*), éstas raramente han

---

<sup>47</sup> Por ejemplo, en su inciso 2, el artículo establece: "... 2) Cada uno de los países de la Unión (para la protección de la propiedad industrial) tendrá la facultad de tomar medidas legislativas, que prevean la concesión de licencias obligatorias, para prevenir los abusos que podrían resultar del ejercicio del derecho exclusivo conferido por la patente, por ejemplo, por falta de explotación" (traducción del autor).



dado resultados muy efectivos y se mantiene la presunción de que se trata de meras anomalías que deben encararse de manera *ad hoc*.

En materia de acceso al (y difusión del) conocimiento cabe preguntarse por qué, mientras que los derechos de los titulares de patentes son taxativamente enumerados y sostenidos como el corazón de los acuerdos internacionales respectivos, los de los países en desarrollo lo son tan sólo de manera *ad hoc* y reactiva, vía excepciones y medidas punitivas. ¿No habría en esto un sesgo a favor de los first-comers a la innovación, considerando a los late-comers como meros imitadores, no acreedores por regla general a la reafirmación de sus derechos?

Si de lo que se trata es de reconocer el derecho al desarrollo económico y social, del cual la actividad innovadora doméstica, ya se trate de frontera o adaptativa, es una herramienta vital: ¿no cabría reafirmar ese derecho al menos tanto como el de los titulares de DPI?

Para la vitalidad del sistema económico internacional: ¿no es acaso tan importante la necesidad de no coartar la emergencia de fuentes emergentes alternativas de innovación como lo es estimular el avance tecnológico en los países con tradición innovadora?

La tendencia al reforzamiento de la protección de los DPI y a la introducción de regímenes sui géneris de protección, como el de los bancos de datos, va trasladando imperceptiblemente el objeto de protección desde la actividad creativa hacia la propiedad de activos intangibles en general, compensando así la falta de ventajas vinculadas al lead-time, al aprendizaje acelerado y al dominio de know-how para nuevas aplicaciones, que son las fuentes genuinas de ventaja competitiva. La protección intentada llega a abarcar hasta los ingresos futuros vinculados a la participación en el mercado, tratándose por tanto de derechos prospectivos.<sup>48</sup>

Estas tendencias reducen la eficiencia de la economía en su conjunto al encarecer globalmente el acceso a bienes de uso difundidos por excelencia y, eventualmente, restringir la innovación al dificultar el acceso a herramientas de investigación y datos científicos. La universalización de los regímenes sui géneris de protección, por su parte, significa extender globalmente el ámbito de la protección de la inversión más que estimular la difusión de la capacidad innovadora, la cual debería ser el objetivo último.

Por consiguiente, los países en desarrollo se enfrentan a una difícil opción, que resulta sesgada por lo limitado de sus horizontes de planeamiento. Primero, se trata de aceptar mayores costos de acceso al conocimiento y restricciones para su aprovechamiento hacia la formación de capacidad tecnológica de largo plazo a cambio de un mayor acceso a mercado y alivios en el sufrimiento de sanciones comerciales unilaterales; o bien, en segundo término, correr el riesgo de una creciente marginación en la economía global.

Ante estas circunstancias, existen fundamentos para considerar la introducción de un sistema generalizado de preferencias para el acceso al conocimiento que reconozca los factores estructurales subyacentes e introduzca una genuina nivelación del campo de juego, revitalizando asimismo el funcionamiento de la economía global.

La filosofía básica de esta propuesta es simple y claramente expresada por el propio acuerdo sobre los ADPIC en su artículo 66, donde se estipula:

---

<sup>48</sup> Esta perspectiva parece sesgada aun desde las teorías legales de la propiedad. Éstas consideran la propiedad como un compuesto de derechos inextricablemente enlazados en el tejido social, comprendiendo relaciones, expectativas, derechos y obligaciones (véase Hilgartner, sin fecha, <http://www.arts.cornell.edu/english/biopolitics/hilgartner1.pdf>). El problema es que las obligaciones de los titulares de bienes intangibles, especialmente el conocimiento, no están suficientemente especificadas desde el punto de vista del interés público, sobre todo cuando se trata de su impacto sobre los países en desarrollo, como lo sugiere claramente el caso de la salud.

“Los países desarrollados Miembros ofrecerán a las empresas e instituciones de su territorio incentivos destinados a fomentar y propiciar la transferencia de tecnología a los países menos adelantados Miembros, con el fin de que éstos puedan establecer una base tecnológica sólida y viable.”

Se trata de establecer una “base tecnológica sólida y viable” en los países menos avanzados y para ello es necesario estimular una fluida transferencia internacional de conocimientos científico-tecnológicos. No es esto lo que se observa en la práctica y por ello es necesario establecer un mecanismo de cooperación ad hoc que apunte a ese propósito, ya que los mecanismos existentes no se han mostrado efectivos para ello.

Los numerosos tratados de libre comercio (TLC) bilaterales y regionales posteriores a la Ronda Uruguay no han llenado el vacío dejado por la Ronda Doha hasta el momento. Debe rechazarse por falta de mérito la interpretación trivial de la transmisión de conocimiento tecnológico a través de las fronteras nacionales. Sin el prerrequisito esencial de la formación de capacidades domésticas, el provecho que los países receptores puedan extraer en el largo plazo es escaso. El papel de los DPI no puede considerarse independientemente de, sino apropiadamente adaptado a, la movilización de la actividad inventiva e innovadora locales, en tanto que esa movilización es función del nivel de formación de las capacidades sociales y de la maduración de sus sistemas de innovación.

El enfoque de los países en desarrollo hacia los DPI no debería ser de carácter esencialmente defensivo, sino de carácter reafirmativo de sus genuinos derechos hacia el despliegue de su capacidad innovadora en un marco multilateral equitativo.

## Bibliografía

---

- Bisserve, N. (2007), "Novartis challenges patent act provision", *The Economic Times*, 30 de enero.
- Blakeney, M. (2001), "Proposals for the international regulation of geographical indications", 4 *Journal of World Intellectual Property*.
- Bonaccorsi, A y C. Rossi (2003), "Why open software can succeed", *Research Policy*, tomo 32, N° 7, julio.
- Bruland, K. (ed.) (1991), *Transfer of Technology and Scandinavian Industrialization*, Nueva York, Berg.
- CBO (Congressional Budget Office) (2006), *Research and Development in the Pharmaceutical Industry*, Congreso de Estados Unidos, octubre.
- Cipolla, C. (1993), *Before the Industrial Revolution. European Society and Economy 1001-1700*, Londres, Routledge.
- Chang, H-J. (2001), "IPRs and economic development", *Journal of Human Development*, tomo 2, N° 2.
- Chiarolla, C. (2006), *FAO International Treaty on Plant Genetic Resources and Farmers Rights*, UNU, Institute for Advanced Studies.
- Cohen, W, R. R. Nelson y J. P. Walsh (2000), "Protecting their intellectual assets: Appropriability conditions and why US manufacturing firms patent (or not)", NBER, *Working Paper 7552*.
- Correa, C. (2006), "Implications of Bilateral FTA on Access to Medicines", *Public Health Reviews*, WHO.
- \_\_\_\_ (2004a), "Investment protection in bilateral and regional FTAs: Implications for the granting of compulsory licenses", *Michigan Journal of International Law*, 26, otoño.
- \_\_\_\_ (2004b), "Bilateralism in intellectual property: Defeating the WTO system for access to medicines", *Case Western Reserve Journal of International Law*, 79, tomo 36, N° 11, enero.

- Demaine, L. y A. Fellmouth (2003), "Natural sciences and patented inventions", *Science*, mayo.
- DFID (Department for International Development) (2002), *Integrating IPRs and Development*, Report of the Commission on IPRs, Londres.
- Downes, D y S. Laird (1999), *Innovative Mechanisms for Sharing Benefits of Biodiversity and Related Knowledge: Case studies on Geographical Indications And Trademarks*, Ginebra, UNCTAD.
- Evans, G. E. y M. Blakeney (2006), "The protection of geographical indications post-Doha: Quo vadis?", *Journal of International Economic Law*, tomo 9, N° 3, septiembre.
- Gershenfeld, E. (2005), *FAB*, Cambridge, MIT Press.
- Hallward-Dreimeier, M. (2003), "Do bilateral investment treaties attract FDI? Only a Bit ... and They Could Bite", World Bank Policy Research, *Working Paper* N° 3121.
- Harris, J. (1998), *Industrial Espionage and Technology Transfer—Britain and France in the Eighteen Century*, Aldershot, Ashgate.
- Heller, M. A. y R. S. Eisenberg (1998), "Can patents deter innovation? The anticommons in biomedical research", *Science*, tomo 280, N° 5364.
- Hilgartner, Stephen (s/f), "Acceptable intellectual property" <<http://www.arts.cornell.edu/english/biopolitics/hilgartner1.pdf>>.
- Hong Byeong-gee (2006), "Korea now plans to expand free trade aggressively", *JoonAng Daily*, 1 de febrero.
- Jawara, F. y A. Kwa (2004), "Behind the scenes at the WTO: The real world of international trade negotiations", *Lessons of Cancun*, Londres-Nueva York, Zed Books.
- Jeremy, D. (1981), "Damming the flood: British government efforts to check the outflow of technicians and machinery 1780-1843", *Business History Review*, LI(1).
- Landes, D. (1969), *The Unbound Prometheus*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Lyman, P. y H. R. Varian (2003), "How much information" <<http://www.sims.berkeley.edu/how-much-info-2003>>.
- Nelson, Richard R. (1990), "Capitalism as an engine of progress", *Research Policy*, Elsevier, vol. 19(3), pp. 193-214.
- OMC (Organización Mundial de Comercio) (2005), "Panel Report in the dispute concerning European Communities: Protection of trademarks and geographical indications for agricultural products and foodstuffs", adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias el 20 de abril de 2005 (WT/DS290/R.).
- OMS (Organización Mundial de la Salud) (1993), *Guidelines for the Conservation of Medicinal Plants* (OMS/UICN/WWF), Gland, Suiza.
- ONUDI (Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial) (2005), *Capability Building for Catching-Up – Historical, Empirical and Policy Dimensions*, Viena.
- OPS (Organización Panamericana de la Salud) (2005), *TRIPS and Access to Medicines*, Managua, abril.
- Penrose, E. (1951), *The Economics of the International Patent System*, Baltimore, The Johns Hopkins Press.
- Reichman, Jerome (2003), "Managing the Challenges of a Globalized Intellectual Property Regime", presentación ante la Segunda Serie de Diálogos de Bellagio, 18 a 21 de septiembre de 2003, Bellagio, organizado por UNCTAD e ICTSD.
- Reinert, E. (1995), "Competitiveness and its predecessors-A 500 years cross-national perspective", *Structural Change and Economic Dynamics* 6.
- Rodrik, D. (1995), "Getting interventions right: How Korea and Taiwan grew rich", *Economic Policy*, tomo 20.
- Rowat, Malcolm D. (1993), "An assessment of intellectual property protection in LDCs from both a legal and economic perspective – case studies of Mexico, Chile and Argentina", *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 21, N° 2, invierno, pp. 401-429.
- Samuelson, P. y S. Scotchmer (2002), "The law and economics of reverse engineering", *Yale Law Journal*, tomo 14, N° 7.
- Schiff, E. (1971), *Industrialization without national patents-The Netherlands, 1869-1912 and Switzerland, 1850-1907*, Princeton, Princeton University Press.
- Scott, R. L. (2003), "Bioconservation or bioexploitation: An analysis of the active ingredients discovery agreement between bioamazonia and Novartis", *GDC International Law Review*, vol. 35, N° 4.
- Sercovich, F. y M. Teubal (2007), "Innovation, technological competence and competitiveness: the policy issues in evolutionary perspectiva", Nueva York, inédito.
- Sherman, P. y E. F. Oakley (2004), "Pandemics and panaceas: The WTO's efforts to balance pharmaceutical patents and access to AIDS drugs", 41, *American Business Law Journal*, 353.

- Sokoloff, K. y B. Z. Khan (2000), "Intellectual property institutions in the US: Early development and comparative perspective", ponencia para el World Bank Summer Research Workshop on Market Institutions, 17 a 19 de julio, Washington D. C.
- Temple, J. y P. A. Jonson (1998), "Social capability and economic growth", *Quarterly Journal of Economics*, agosto.
- Vivas Eugui, D. y C. Spennemann (2006), "The treatment of geographical indications in recent regional and bilateral FTAs", UNCTAD/ICTSD, Costa Rica.
- Von Hippel, E. (2005), *Democratizing Innovation*, Cambridge, MIT Press.
- \_\_\_ (2001), "Innovation by user communities: Learning from open source software", *Sloan Management Review*, julio.
- Von Krogh y Von Hippel (2003), "Editorial, Special Issue on Open Source Software Development, Research Policy", volumen 32, N° 7, julio.
- Wade, R. (1992), *Governing the Market*, Princeton, Princeton University Press.
- Williams, E. (1896), *Made in Germany*, W. Heneman, Londres (edición 1973 The Harvester, Brighton).



## Anexo

### Acrónimos y abreviaturas

ADPIC	Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual vinculados al Comercio
ADN	Ácido Desoxirribonucleico
ALC	América Latina y el Caribe
ALCA	Tratado de Libre Comercio de las Américas
BIO	Organización de las Industrias de Biotecnología
CBD	Convención sobre la Biodiversidad
CE	Comunidad Europea
CIRM	California Institute for Regenerative Medicine
CURL	Consortium of University Research Libraries
DMCA	Digital Millennium Copyright Act
DPI	Derechos de Propiedad Intelectual
FDA	Food and Drug Administration
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GPL	General Public License
ID	Investigación y Desarrollo
IG	Indicaciones Geográficas
IED	Inversión Extranjera Directa
IIPA	International Intellectual Property Alliance
ISI	Institute for Scientific Information
NSF	National Science Foundation
NHI	National Health Institutes
OMC	Organización Mundial de Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
OMS	Organización Mundial de la Salud
OS	Open Source
PCR	Polímeros por Reacción en Cadena
PhRMA	Pharmaceutical Research and Manufacturers of America
PIC	Prior Informed Consent
SAR	Special Administrative Region
SGP	Sistema Generalizado de Preferencias
S&T	Ciencia y Tecnología
TBI	Tratados Bilaterales de Inversiones
TIFA	Trade and Investment Framework Agreement
TLC	Tratado de Libre Comercio
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
DR-CAFTA	Tratado de Libre Comercio con República Dominicana y Centroamérica
UE	Unión Europea
USPTO	United States Patents and Trademarks Office
USTR	Representante Comercial de Estados Unidos
WARF	Wisconsin Alumni Research Foundation







Serie

 OFICINA  
 SUBREGIONAL  
 DE LA CEPAL  
 EN  
 MÉXICO

CEPAL

estudios y perspectivas

## Números publicados

Un listado completo así como los archivos pdf están disponibles en  
[www.cepal.org/publicaciones](http://www.cepal.org/publicaciones)  
[www.eclac.cl/mexico](http://www.eclac.cl/mexico)

100. Tratados de Libre Comercio, derechos de propiedad intelectual y brechas de desarrollo: dimensiones de política desde una perspectiva latinoamericana, Francisco C. Sercovich (LC/L.2912-P (LC/MEX/L.865)) N° de venta: S.08.II.G.47, 2008.
99. Los retos de la migración en México. Un espejo de dos caras, Juan E. Pardinas (LC/L.2899-P (LC/MEX/L.858)) N° de venta: S.08.II.G.35, 2008.
98. Alianzas público-privadas y escalamiento industrial. El caso del complejo de alta tecnología de Jalisco, México, Juan José Palacios Lara (LC/L.2897-P (LC/MEX/L.857)) N° de venta: S.08.II.G.33, 2008.
97. Comercio internacional: de bienes a servicios. Los casos de Costa Rica y México, Jorge Mario Martínez, Ramón Padilla y Claudia Schatan (LC/L.2882-P (LC/MEX/L.842/Rev.1)) N° de venta: S.08.II.G.20, 2008.
96. La cooperación ambiental en los tratados de libre comercio, Carlos Murillo (LC/L.2881-P (LC/MEX/L.840/Rev.1)) N° de venta: S.08.II.G.19, 2008.
95. Evolución reciente y retos de la industria manufacturera de exportación en Centroamérica, México y República Dominicana: una perspectiva regional y sectorial, Ramón Padilla, Martha Cordero, René Hernández e Indira Romero (LC/L.2868-P (LC/MEX/L.839/Rev.1)) N° de venta: S.08.II.G.12, 2008.
94. Economía productiva y reproductiva en México: un llamado a la conciliación, Lourdes Colinas (LC/L.2863-P (LC/MEX/L.838/Rev.1)) N° de venta: S.08.II.G.8, 2008.
93. Integración regional e integración con Estados Unidos. El rumbo de las exportaciones centroamericanas y de República Dominicana, Claudia Schatan, Gabrielle Friedinger, Alfonso Mendieta e Indira Romero (LC/L.2862-P (LC/MEX/L.831/Rev.1)) N° de venta: S.08.II.G.7, 2008.
92. Socioeconomic vulnerability to natural disasters in Mexico: Rural poor, trade and public response, Sergio O. Saldaña-Zorrilla (LC/L.2825-P (LC/MEX/L.819)) N° de venta: E.07.II.G.155, 2007.
91. Competencia y regulación en la banca: El caso de Honduras, Marlon Ramsses Tábora (LC/L.2824-P (LC/MEX/L.818)) N° de venta: S.07.II.G.149, 2007.
90. México: Capital humano e ingresos. Retornos a la educación, 1994-2005, Juan Luis Ordaz (LC/L.2812-P (LC/MEX/L.811)) N° de venta: S.07.II.G.143, 2007.
89. Indicadores de capacidades tecnológicas en América Latina, Gustavo Eduardo Lugones, Patricia Gutti y Néstor Le Clech (LC/L.2811-P (LC/MEX/L.810)) N° de venta: S.07.II.G.142, 2007.
88. Growth, poverty and inequality in Central America, Matthew Hammill (LC/L.2810-P (LC/MEX/L.807)) N° de venta: E.07.II.G.141, 2007.
87. Transaction costs in the transportation sector and infrastructure in North America: Exploring harmonization of standards, Juan Carlos Villa (LC/L.2762-P (LC/MEX/L.794)) N° de venta: E.07.II.G.122, 2007.
86. Competencia y regulación en la banca: el caso de Panamá, Gustavo Adolfo Paredes y Jovany Morales (LC/L.2770-P (LC/MEX/L.786/Rev.1)) N° de venta: S.07.II.G.107, 2007.
85. Competencia y regulación en la banca: el caso de Nicaragua, Claudio Ansorena (LC/L.2769-P (LC/MEX/L.785)) N° de venta: S.07.II.G.106, 2007.
84. Competencia y regulación en las telecomunicaciones: el caso de Honduras, Marlon R. Tábora (LC/L.2759-P (LC/MEX/L.781)) N° de venta: S.07.II.G.96, 2007.
83. Regulación y competencia en las telecomunicaciones mexicanas, Judith Mariscal y Eugenio Rivera (LC/L.2758-P (LC/MEX/L.780)) N° de venta: S.07.II.G.95, 2007.
82. Condiciones generales de competencia en Honduras, Marlon R. Tábora (LC/L.2753-P (LC/MEX/L.778)) N° de venta: S.07.II.G.93, 2007.
81. Apertura comercial y cambio tecnológico en el Istmo Centroamericano, Ramón Padilla y Jorge Mario Martínez (LC/L.2750-P (LC/MEX/L.777)) N° de venta: S.07.II.G.87, 2007.
80. Liberalización comercial en el marco del DR-CAFTA: Efectos en el crecimiento, la pobreza y la desigualdad en Costa Rica, Marco V. Sánchez (LC/L.2698-P (LC/MEX/L.771)) N° de venta: S.07.II.G.48, 2007.

79. Trading up: The prospect of greater regulatory convergence in North America, Michael Hart (LC/L.2697-P) (LC/MEX/L.770)) N° de venta: S.07.II.G.47, 2007.
78. Evolución reciente y perspectivas del empleo en el Istmo Centroamericano, Carlos Guerrero de Lizardi (LC/L.2696-P) (LC/MEX/L.768)) N° de venta: S.07.II.G.46, 2007.
77. Norms, regulations, and labor standards in Central America, Andrew Schrank y Michael Piore (LC/L.2693-P) (LC/MEX/L.766)) N° de venta: E.07.II.G.44, 2007.
76. DR-CAFTA: Aspectos relevantes seleccionados del tratado y reformas legales que deben realizar a su entrada en vigor los países de Centroamérica y la República Dominicana, Amparo Pacheco y Federico Valerio (LC/L.2692-P) (LC/MEX/L.765)) N° de venta: S.07.II.G.43, 2007.
75. Competencia y regulación en las telecomunicaciones: El caso de Guatemala, Carmen Urizar (LC/L.2691-P) (LC/MEX/L.729/Rev.1)) N° de venta: S.07.II.G.42, 2007.
74. Competencia y regulación en las telecomunicaciones: El caso de Panamá, Ricardo González (LC/L.2681-P) (LC/MEX/L.721/Rev.1)) N° de venta: S.07.II.G.31, 2007.
73. Competencia y regulación en las telecomunicaciones: El caso de El Salvador, Pedro Argumedo (LC/L.2680-P) (LC/MEX/L.723/Rev.1)) N° de venta: S.07.II.G.30, 2007.
72. Mejores prácticas en materia de defensa de la competencia en Argentina y Brasil: Aspectos útiles para Centroamérica, Diego Petrecolla (LC/L.2677-P) (LC/MEX/L.726/Rev.1)) N° de venta: S.07.II.G.26, 2007.
71. Competencia y regulación en la banca de Centroamérica y México. Un estudio comparativo, Eugenio Rivera y Adolfo Rodríguez (LC/L.2676-P) (LC/MEX/L.725/Rev.1)) N° de venta: S.07.II.G.25, 2007.
70. Honduras: Tendencias, desafíos y temas estratégicos de desarrollo agropecuario, Braulio Serna (LC/L.2675-P) (LC/MEX/L.761/Rev.1)) N° de venta: S.07.II.G.24, 2007.
69. Ventajas y limitaciones de la experiencia de Costa Rica en materia de políticas de competencia: Un punto de referencia para la región centroamericana, Pamela Sittenfeld (LC/L.2666-P) (LC/MEX/L.763)) N° de venta: S.07.II.G.17, 2007.
68. Competencia y regulación en la banca: El caso de El Salvador, Mauricio Herrera (LC/L.2665-P) (LC/MEX/L.727/Rev.1)) N° de venta: S.07.II.G.16, 2007.
67. Condiciones generales de competencia en países centroamericanos: El caso de El Salvador, Francisco Molina (LC/L.2664-P) (LC/MEX/L.720/Rev.1)) N° de venta: S.07.II.G.15, 2007.
66. Modelos de privatización y desarrollo de la competencia en las telecomunicaciones de Centroamérica y México, Eugenio Rivera (LC/L.2663-P) (LC/MEX/L.724/Rev.1)) N° de venta: S.07.II.G.14, 2007.
65. Integración regional y políticas públicas. Evaluación de la experiencia europea y posibles implicaciones para la integración latinoamericana, Juan Tugores (LC/L.2647-P) (LC/MEX/L.760)) N° de venta: S.06.II.G.173, 2006.
64. Retos de la política fiscal en Centroamérica, Juan Alberto Fuentes K. (LC/L.2646-P) (LC/MEX/L.719/Rev.2)) N° de venta: S.06.II.G.172, 2006.
63. El seguro agropecuario en México: Experiencias recientes, Erasto Díaz Tapia (LC/L.2633-P) (LC/MEX/L.758)) N° de venta: S.06.II.G.157, 2006.
62. Competencia bancaria en México, Marcos Avalos y Fausto Hernández Trillo (LC/L.2630-P) (LC/MEX/L.722/Rev.2)) N° de venta: S.06.II.G.155, 2006.
61. La sostenibilidad de la deuda pública y la postura fiscal en el ciclo económico: El Istmo Centroamericano, Edna Armendáriz (LC/L.2629-P) (LC/MEX/L.757)) N° de venta: S.06.II.G.154, 2006.
60. The effectiveness of technical assistance, socio-economic development, and the absorptive capacity of competition authorities, Simon J. Evenett (LC/L.2626-P) (LC/MEX/L.755)) N° de venta: E.06.II.G.150, 2006.

- El lector interesado en adquirir números anteriores de esta serie puede solicitarlos dirigiendo su correspondencia a la Biblioteca de la Sede Subregional de la CEPAL en México, Presidente Masaryk No. 29 – 4° piso, 11570 México, D. F., Fax (52) 55-31-11-51, [biblioteca.cepal@un.org.mx](mailto:biblioteca.cepal@un.org.mx)

Nombre:..... Actividad:..... Dirección:..... Código postal, ciudad, país:..... Tel.: ..... Fax: ..... E.mail: .....
---