

**EL ACUERDO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD
INTELLECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO
(ADPIC) Y LAS NORMAS ADPIC PLUS***

**THE TRADE RELATED ASPECTS OF
INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS AGREEMENT
(TRIPS) AND THE TRIPS PLUS NORMS**

**L'ACCORD SUR ASPECTS DES DROITS DE PROPRIÉTÉ
INTELLECTUELLE QUI TOUCHENT AU COMMERCE
(ADPIC) ET LES RÈGLES SUR ADPIC PLUS**

*Nadiafna Rodríguez Perozo***

RESUMEN

La investigación comprende un análisis integral desde el Derecho Internacional, que considera las perspectivas del derecho económico y de los derechos humanos. El artículo presenta la primera parte (I) de una serie de tres artículos destinados a abarcar el tema. El punto de partida son las obligaciones de los Estados, las cuales se contrastan y complementan con una nueva mirada a los Derechos de Propiedad Intelectual que abarque los Derechos Humanos. El Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y su entrada en vigencia, los nuevos estándares que allí se establecen, el fenómeno de proliferación de los ADPIC PLUS con los TLCs. bilaterales y las consecuencias de su incumplimiento hacen relevante este estudio. La metodología empleada es la documental.

ABSTRACT

The paper presents an integral analysis of the International Law, which considers both the views from economic law and human rights law. This article is the first of three papers dedicated to an extensive and deep research of the subject matter. The

* El artículo fue recepcionado el 27 de mayo julio de 2011, y aprobado para su publicación el 24 de octubre de 2011.

** Abogada. Licenciada en Derecho de la Universidad del Zulia. Magíster en Derecho con Mención en Derecho Internacional de la Universidad de Chile. Investigadora activa en el área de Derechos Humanos. Investigadora colaboradora del Departamento de Estudios Socio Antropológicos de la Universidad del Zulia.

starting point for the investigation are the Estate Obligations, which are contrasted and complemented with a new look of the Intellectual Property Rights that is comprehensive of Human Rights. The Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights Agreement (TRIPS) the new international standards settled in it, the growing of the TRIP PLUS norms phenomena brought by the Free Trade Agreements and the consequences of its implementation justify the importance of this research. The documental methodology is used.

RÉSUMÉ

Cette recherche est une analyse exhaustive du droit international, qui considère les perspectives du droit économique et des droits humains. Le point de départ sont les obligations des Etats, qui sont contrastés et complétés par un nouvel regard sur les relations des droits de propriété intellectuelle et les droits humains. L'Accord ADPIC et son entrée en vigueur, les nouvelles normes qui y sont énoncées, le phénomène de la prolifération des ADPIC PLUS et les conséquences de la rupture de les Accords de Libre-Échange (ALE) font pertinent cette étude.

PALABRAS CLAVES:

ADPIC - ADPIC PLUS - Derechos Humanos - Derechos de Propiedad Intelectual

KEY WORDS:

TRIPS - TRIPS PLUS - Human Rights - Intellectual Property

MOTS CLÉ:

ADPIC - ADPIC PLUS - Droits Humains - Droits de Propriété Intellectuelle

INTRODUCCIÓN

El estudio examina el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) en relación con su esencia, su alcance y contenido pero también en torno a sus contradicciones. Se busca una manera de aproximarse a interpretar de forma más amplia las obligaciones de los Estados en materia internacional, lo cual puede contribuir a resolver conflictos jurídicos donde entren en juego las obligaciones adquiridas en el marco del ADPIC o de los Tratados de Libre Comercio (TLCs.) y las obligaciones en materia de Derechos Humanos. El trabajo se presenta en dos secciones; la primera, se encarga de esclarecer todos los temas relacionados al ADPIC. La sección segunda, explora las normas ADPIC PLUS, las cuales se encuentran presentes en los TLCs. bilaterales; además haciendo un análisis comparativo se describen las obligaciones adicionales que de ellos derivan y la situación de desventaja de los países en desarrollo.

El tema es trascendental, especialmente para los países en desarrollo que están siendo objeto de demandas en los órganos de solución de diferencias de la Organización Mundial de Comercio en relación con las obligaciones de los ADPIC. Ellos tienen que buscar la manera de atender, igualmente, las obligaciones de Derechos Humanos.

La investigación orienta la creación de un nuevo enfoque para el análisis de las obligaciones de los Estados a nivel internacional. Ese nuevo enfoque en este caso, va a concretarse en una perspectiva innovadora respecto al estudio de un asunto económico que considere también los Derechos Humanos. Este artículo, tratándose de una primera entrega del trabajo investigativo, abordará los aspectos teóricos y técnicos que sirven de base al análisis económico que se hace en la OMC; para luego, en las sucesivas entregas, abordar lo relativo a la consideración de los Derechos Humanos y el nuevo análisis que se propone.

1. EL ACUERDO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO (ADPIC)

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)¹, que nace dentro de la Organización Mundial de Comercio en 1994, fue incluido en las negociaciones de la Ronda de Uruguay como un esfuerzo de los países desarrollados por procurar mejores estándares de protección de los derechos de propiedad intelectual. Entró en vi-

1 OMC. Acta Final de la Ronda de Uruguay. Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. 1994. Está comprendido dentro de los llamados Acuerdos Comerciales Multilaterales, y por su naturaleza son obligatorios para todos los miembros de la OMC.

gencia el 1 de enero de 1995 y ha sido catalogado como el tratado multilateral más completo en materia de propiedad intelectual².

1.1. CONTENIDO DEL ADPIC

El ADPIC abarca los temas de derechos de autor y derechos conexos (incluidos derechos de artistas intérpretes y ejecutantes, productores de grabación de sonido y organismos de radiodifusión), marcas de fábrica o de comercio (así también las de servicios), las indicaciones geográficas (contenidas las denominaciones de origen), los dibujos y modelos industriales, las patentes (además de la protección de obtenciones vegetales), los esquemas de trazado de los circuitos integrados y la información no divulgada (incluidos los secretos industriales y la protección de la competencia desleal). El tratado recopila prácticamente todos los temas de propiedad intelectual cuya normativa antes existía en diversos cuerpos jurídicos disgregados. Hasta el momento de la creación del ADPIC, existía por un lado el Convenio de París para la protección de la propiedad industrial de 1883, y por otro el Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas de 1886, los cuales no han quedado absolutamente derogados y constituían hasta entonces, los dos tratados más importantes en relación a la Propiedad Intelectual (PI). Existían, sin embargo, otros tratados para derechos conexos, fonogramas, y otras materias, pero que no son resaltados por no poseer un nivel muy elevado de adhesiones.

1.2. MATERIAS EXCLUIDAS DEL ADPIC

A pesar de toda su amplitud y de ser el tratado más completo en materia de DPI -pretendiendo abarcar todos sus ámbitos-, el ADPIC omite hacer referencia alguna a sectores vitales, especialmente para países en desarrollo, como es el área de conocimientos tradicionales, que requieren aproximarse a las formas de “conocer y de crear” de comunidades indígenas ancestrales; lo cual implica a su vez, entender formas de “propiedad colectiva” y conocimientos que no se condicen con la concepción occidental moderna del derecho de propiedad y que se van renovando y transmitiendo de generación en generación.

De la misma manera, se excluyó la protección uniforme a nivel internacional de los importantísimos derechos morales en el campo de los derechos de autor, por la razón de que los países desarrollados de la tradición jurídica del *Common Law* no los contemplan.

También se obvió regular, para darle estándares uniformes mundiales, el agotamiento de los derechos, por ser un tema demasiado controvertido que im-

2 Para una lista actualizada de los países que han adherido o ratificado y las adhesiones en curso, disponible en: < http://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/members_brief_e.doc>.

plicaba definir si se contemplaría un agotamiento nacional o el agotamiento internacional de estos derechos³.

Igualmente, llama la atención la ausencia de alguna norma que se refiera, o al menos mencione, las obligaciones de la Convención sobre Diversidad Biológica, que había sido ratificada por gran parte de los países miembros de la OMC, en Río de Janeiro, dos años antes, es decir, en 1992; porque entre otras cosas, esta contempla disposiciones que hacen énfasis en la soberanía de los Estados para decidir sobre el manejo, administración y conservación de sus recursos naturales.

El ADPIC tampoco se refiere al Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales. El Convenio fue adoptado en París en 1961, y fue revisado en 1972, 1978 y 1991. El objetivo del Convenio es la protección de las obtenciones vegetales por un derecho de propiedad intelectual. El Convenio crea la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV- son las siglas que se utilizan indistintamente para referirse al tratado o a la Unión). Luego los Tratados de Libre Comercio obligan a ratificarlo.

1.3. OBJETIVOS Y PRINCIPIOS DEL ADPIC

Los principales objetivos de los ADPIC expresados en su preámbulo son: reducir las distorsiones del comercio internacional, fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual, asegurarse de que las medidas y procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo.

Los principios fundamentales del ADPIC son: los estándares mínimos, trato nacional, nación más favorecida y la libertad de método para implementar el acuerdo.

El principio de estándares mínimos está contenido en el artículo 1.1 del acuerdo, y establece que los miembros de la OMC pueden prever en su legislación una protección más amplia que la establecida en el acuerdo siempre y cuando esa protección no infrinja ninguna disposición de este. Esta no es una obligación sino una potestad que puede o no ser ejercida, reconociendo como único límite el mismo acuerdo.

3 El agotamiento de derechos dice relación con la libertad para decidir en qué momento se da por “ejercitado” el derecho, comprende una de las limitaciones a los DPI, y significa que una vez que un producto protegido por un derecho de propiedad intelectual ha sido comercializado por el titular o por otros con su consentimiento, el derecho se “agota” es decir, el derecho sobre la explotación comercial ya no puede ejercerse. También se le conoce como “doctrina de la primera venta”, porque explica que el derecho sobre explotación comercial de un producto se da por finalizado con la primera venta del mismo, el titular no podrá ya oponerse a actos de reventa, alquiler, préstamo o cualquier otra forma de uso comercial por terceros. Existe consenso amplio de que se aplica por lo menos en el mercado nacional. El ADPIC, en su artículo 6 dejó a las legislaciones nacionales la determinación de si el agotamiento es nacional o internacional. Tiene incidencia directa en las importaciones paralelas y el principio de trato nacional y nación más favorecida (como se verá más adelante).

El principio de estándares mínimos de propiedad intelectual “constituye una base conceptual y estratégica significativa para las negociaciones ulteriores a nivel bilateral y multilateral en materia de propiedad intelectual destinadas a establecer estándares más elevados y más amplios”⁴. También, se considera de facto, que a partir de los ADPIC, toda norma que se adopte en materia de propiedad intelectual entre miembros de la OMC, o que los involucre solo puede crear estándares más elevados⁵. Esta segunda inquietud es la que se aborda más adelante, y tiene que ver entonces, con el supuesto de que cada nueva norma en materia de PI, luego de la ratificación del tratado, tiene que ser necesariamente de tipo ADPIC PLUS.

El trato nacional (TN) es un principio según el cual los miembros de la OMC deben otorgar a los nacionales de los demás miembros un trato “no menos favorable” que el que otorga a sus nacionales en relación a la existencia, adquisición, alcance, mantenimiento, ejercicio y observancia de los DPI. Se diferencia del Convenio de París que reconocía “los mismos derechos” a los nacionales de otro Estado. Por eso, algunos autores sostienen que más que un trato igualitario se trata de un trato más favorable que el de sus propios nacionales⁶. En otras palabras, este principio obedece a la misma lógica que el principio anterior (de estándares mínimos): a los nacionales de otros países no debe otorgarse nunca un trato menos favorable, pero sí puede ser un trato mejor.

El principio de nación más favorecida (NMF), no tiene antecedentes en tratados de propiedad intelectual; por su naturaleza es característico de los tratados comerciales, y consiste en que toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad que un miembro conceda a los nacionales de otro país en relación a la existencia, adquisición, alcance, mantenimiento y observancia de los DPI, se otorgará a los nacionales de todos los demás miembros de la OMC. Como veremos más adelante, tiene gran incidencia en la celebración de acuerdos bilaterales, pues las obligaciones que se adquieran en estos y cualesquiera consecuencias que de ellos deriven, deben aplicarse de igual forma a todos los integrantes del sistema multilateral de comercio de la OMC⁷.

1.4. PRINCIPIO DEL “*SINGLE UNDERTAKING*” Y SU SIGNIFICADO EN LA OMC

Durante la Ronda de Uruguay, se hizo mención repetidamente al principio de

4 ROFFE, Pedro y SANTA CRUZ, Maximiliano. “Los Derechos de Propiedad Intelectual en los Acuerdos de Libre Comercio celebrados por países de América Latina con países desarrollados”. *Serie Comercio Internacional, N° 70*. División de Comercio Internacional e Integración, CEPAL, Naciones Unidas. Santiago, abril 2006, p. 82.

5 MUSUNGU, Sisule F; VILLANUEVA, Susan y BLASETTI, Roxana. *Cómo utilizar las flexibilidades previstas en el acuerdo sobre los ADPIC para proteger la salud pública mediante marcos regionales de cooperación sur-sur*. Gineva: South Centre, 2004, p. 102.

6 ROFFE y SANTA CRUZ (2006), p. 14.

7 Este tratado no permite exceptuar el principio de NMF en tratados bilaterales, cosa que si permitía el GATT.

single undertaking o principio “del todo único”, el cual contiene dos acepciones básicas; por un lado, representa un principio negociador según el cual “nada se acuerda hasta que TODO se acuerde”; y, por otro lado, representa un principio legal que implica que del resultado de las negociaciones resultaría un compromiso o paquete único para ser implementado como un solo conjunto íntegro dentro del tratado⁸.

La interpretación efectiva de este principio supone una lectura armónica y coherente de las reglas de la OMC en conjunto. Pero a la vez, este principio significó que los países en desarrollo, que no tenían ningún interés en agregar los DPI a las negociaciones comerciales, se vieran influenciados directamente por la atracción del resto del paquete económico, pues si no se llegaba a todo no se llegaba a nada, lo cual según algunos autores “habría sido la razón principal del resultado alcanzado”⁹.

Importante es destacar que para ingresar en la OMC, los países –o territorios aduaneros autónomos- están en la obligación de ceñirse a toda la normativa del organismo multilateral; así, de conformidad con lo preceptuado en el artículo II. 2 del **Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio**, “los acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos 1, 2 y 3 (denominados en adelante “Acuerdos Comerciales Multilaterales”) forman parte integrante del Acuerdo y son vinculantes para todos sus Miembros”. El anexo 1c es el que contiene el ADPIC.

1.5. CARACTERIZACIÓN DE LAS REFORMAS LEGISLATIVAS DESPUÉS DEL ADPIC

El cambio de paradigma y el ADPIC derechamente obedecen a un fenómeno más macro o global que implica una armonización de las legislaciones a nivel internacional. Ese evento trasciende el ámbito comercial, impacta de igual forma los Derechos Humanos -y para la temática que concierne a esta investigación- se concretiza también en el área de la propiedad intelectual, entre muchas otras.

Esa armonización se traduce en un cambio de las legislaciones nacionales para los países signatarios de los tratados, quienes deben adecuar en plazos determinados sus normativas internas a los nuevos niveles o estándares fijados internacionalmente.

Este proceso de reforma se ha denominado en la doctrina “*top-down*”, porque atiende a una lógica de creación de normas que viene “de arriba hacia abajo”,

8 MARCEAU, Gabrielle. “WTO Dispute Settlement and Human Rights”. *European Journal of International Law*. 13 Eur. J. Int'l L. 753, september 2002, p.68.

9 CORREA, Carlos M. “Acuerdo Trip’s en América Latina. Armonización vs. Diferenciación de los Sistemas de Propiedad Intelectual”. *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*. 2ª Edición. Buenos Aires, 2000. p. 15.

es decir, desde los entes internacionales hasta terminar en la aplicación nacional y se contrapone a las formas de producción legislativa tipo “*bottom-up*” o “de abajo hacia arriba”, donde son los nacionales quienes en base a sus necesidades establecen normas y prioridades¹⁰.

Finalmente, pueden identificarse como características del proceso antes mencionado, las siguientes:

- Expansión de las materias de protección, todo lo cual conlleva incluir las nuevas tecnologías, patentes de materia viva y productos farmacéuticos, trazados de semiconductores.
- Universalización de los estándares mínimos de protección, incluido el principio de trato nacional, de nación más favorecida, y una protección uniforme a nivel mundial –sin distinción entre países en desarrollo y desarrollados-.
- Fortalecimiento de los derechos exclusivos y las medidas para asegurarlos, verificado en un cambio de las normas sustantivas y adjetivas de la propiedad intelectual.
- Presión de Estados Unidos a través de su representante comercial y, otorgando cuando fuera necesario, ventajas o represalias arancelarias a los países que no se ajustan a las normas de PI.
- Cambios paralelos en el marco de integración (NAFTA, G3, Mercosur) o producto de acuerdos bilaterales con Estados Unidos.
- Obligación dentro de un tratado de ratificar otros tratados como el Convenio de París y el Convenio de Berna. Y también mejores esfuerzos para ratificar otros como UPOV y nuevos tratados de Internet de la OMPI.

2. ESTÁNDARES INTERNACIONALES QUE SE FIJAN A PARTIR DE LOS ADPIC

2.1. NUEVOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES QUE SE FIJAN A PARTIR DE LOS ADPIC

En relación a los nuevos estándares internacionales que son fijados por el ADPIC, podemos señalar:

A) *La aplicación de los principios generales propios del GATT, es decir, de los acuerdos internacionales comerciales.* Específicamente, se empiezan a aplicar los principios de TN y NMF¹¹ –explicados previamente- mezclados con el establecimiento de principios y objetivos propios del área de propiedad intelectual.

¹⁰ El debate filosófico-jurídico en relación a esas dos maneras de producción legislativa, escapa el objeto de estudio de esta investigación. Basta resaltar acá que tiene especial relevancia e impacta con especial énfasis los conceptos tradicionales de democracia, soberanía, entre otros.

¹¹ Trato Nacional está previsto en el artículo 3 ADPIC y el Trato de nación más favorecida, en el artículo 4.

Entre los últimos se pueden resaltar los que establecen que “la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual 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”¹².

También, en el rango anterior de los principios generales en materia de DPI están los contenidos en el **Artículo 8 del ADPIC, a saber:**

1. Los Miembros, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la **salud pública y la nutrición de la población**, o 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 acuerdo.
2. Podrá ser necesario aplicar medidas apropiadas, *siempre que sean compatibles con lo dispuesto en el acuerdo*, para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual 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 hecho de que de conformidad con el artículo 8 del ADPIC se obligue a los Estados miembros a hacer que las medidas que tomen para proteger a las personas (contra los abusos de los derechos de propiedad intelectual de parte de los titulares o medidas en favor de la salud, la nutrición o el desarrollo) sean compatibles con todo lo demás establecido en el acuerdo es una contradicción que hace casi imposible su aplicación.

B) *La fijación de estándares mínimos para la protección de cada categoría de derechos de propiedad intelectual.* Aquí destaca la incorporación del principio base del tratado, que fija que los estándares que pasan a ser considerados como mínimos en la esfera internacional, desde ese momento en adelante. El artículo 1.1. expresamente señala: “los Miembros podrán prever en su legislación, aunque no estarán obligados a ello, una protección más amplia que la exigida por el presente Acuerdo, a condición de que tal protección no infrinja las disposiciones del mismo”. De ahí en adelante, todo pacto tratado o acuerdo que contenga disposiciones en materia de DPIs. tiene que ser ADPIC PLUS (Ver supra explicación de los principios del tratado).

C) *La incorporación de mecanismos de observancia de esos derechos.* Contenidos en la Parte III del tratado, acarrear unas obligaciones generales, y disposiciones específicas en torno a las características de los procedimientos y

12 Artículo 7 ADPIC.

recursos civiles y administrativos; medidas provisionales, procedimientos en frontera; y los procedimientos penales.

D) *Adopción de normas y mecanismos de solución de diferencias.* El entendimiento sobre solución de diferencias crea el órgano de solución de diferencias y un órgano de apelación.

E) *Reconocimiento de lapsos transitorios para países en desarrollo y menos adelantados.* Se aplican los nuevos estándares a todos los miembros de la OMC sin importar su nivel de desarrollo. Lo que se otorgan son plazos más extensos para la implementación o entrada en vigencia del acuerdo. Los artículos 65 y 66 contemplan estas disposiciones, el plazo máximo de suspensión es de 10 años (desde 1996), por lo cual, en la actualidad el tratado se encuentra plenamente vigente para todos los países¹³.

2.2. ¿QUÉ IMPLICAN ESOS CAMBIOS EN MATERIA DE PATENTES?

Desde el Convenio de París los países tenían amplias potestades para definir entre otras cosas: cobertura de los derechos, materias patentables, excepciones y limitaciones y duración de los derechos industriales¹⁴. Algunas disposiciones de este convenio se mantienen vigentes para materias específicas o se incorporan directamente en el tratado.

De acuerdo con los informes que rendía la OMPI, era común entre los Estados recurrir a excepciones de patentabilidad, mayormente en los sectores productos y/o procedimientos farmacéuticos, alimentos, razas animales, métodos de tratamiento humanos y animal, programas de ordenador, y productos químicos¹⁵. En total, según ese informe, más de 19 sectores no eran protegidos por patentes en las legislaciones de distintos países.

ADPIC rompe con esta tradición al incorporar como obligación para todos los Estados, la necesidad de hacer patentable todas las invenciones, ya sean las de productos o de procesos, abarcando todos los campos de la tecnología, siempre que concurren los tres requisitos tradicionales de patentabilidad (que entrañe una actividad inventiva, que esta sea nueva y que tenga utilidad industrial)¹⁶.

Otra obligación es la de garantizar ese derecho para los titulares sin discriminación, entendiendo por ello que se gozan los derechos sin distinguir o darle

13 ROFFE Y SANTA CRUZ (2006), p. 22.

14 Por ejemplo art. 5º2 en materia de licencias obligatorias –entre otros–

15 OMPI. Comité de Expertos sobre la Armonización de ciertas disposiciones de las leyes para la protección de las invenciones. Cuarta reunión 2 a 6 de Noviembre de 1987. Exclusiones de la protección por patente. Memorando de la oficina internacional de la OMPI. Documento HL/CE/IV/INF/1, 14 de octubre. 1987.

16 Art. 27.1 ADPIC.

relevancia jurídica al lugar de la invención, el hecho de que el producto sea importado o producido localmente y sin diferenciar áreas de la tecnología.

En el campo de las excepciones a la patentabilidad -lo cual era competencia de la legislación nacional hasta entonces-, el ADPIC estableció sólo dos tipos de excepciones a la patentabilidad, a saber: 1. de carácter general, que es susceptible de abarcar todo tipo de inventos (licencias obligatorias); y 2. una más particular para invenciones cuya explotación comercial debe prohibirse en el territorio de un miembro para proteger el orden público, la moral, la salud o la vida de las personas o los animales o para preservar vegetales, evitar daños graves al medio ambiente, y con la condición de que tal excepción no se fundamente simplemente en el hecho de estar prohibida por la legislación del Estado (Art. 27.2 ADPIC)¹⁷.

Dentro de las últimas encontramos:

- Los métodos de diagnóstico, terapéutico, quirúrgico para el tratamiento de personas y animales.
- Las plantas y animales con excepción de los microorganismos y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas y animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos¹⁸.

Por otro lado, se impone también la obligación –un poco más flexible- de proteger las obtenciones vegetales por medio de patentes o de un sistema *sui generis* que sea eficaz o bien por medio de una combinación de ambos.

El patentamiento de formas de vida es una cuestión controversial; los países desarrollados, en especial Estados Unidos, pretenden, haciendo un análisis amplio de los requisitos de patentabilidad, que esta tenga la posibilidad de abarcar desde el genoma humano, hasta plantas y animales. Sin embargo, en el ámbito multilateral, este es un tema que no quedó resuelto y que hasta el día de hoy no consigue consenso, pues el ADPIC se limitó a establecer una revisión de las excepciones relativas a plantas y animales después de 4 años.¹⁹

En un caso donde Estados Unidos demandó a Argentina ante la OMC²⁰, en relación al ADPIC, los gobiernos acordaron interpretaciones que van más allá de lo establecido en el artículo 27 b del tratado. En torno a la obligación de patentamiento de microorganismos, la Solución Mutuamente Convenida por los Estados incluyó también “otras materias”; específicamente el punto 7 del acuerdo establece para Argentina la obligación de patentamiento de ADN. Argentina se obligó entonces a elaborar y publicar *guidelines* acerca de su prác-

17 ROFFE Y SANTA CRUZ (2006), p. 80.

18 Art. 27.3 ADPIC.

19 Art. 27.3 b ADPIC.

20 Organización Mundial de Comercio. Argentina - Protección mediante Patente de los Productos Farmacéuticos y Protección de los Datos de Pruebas relativos a los productos químicos para la agricultura (wt/ds171), 20 de junio de 2002.

tica de patentamiento de microorganismos e incluidas esas “otras materias”, lo cual efectuó a través de la Resolución del INPI N° 633/2001 (Boletín Oficial de fecha 22 de octubre de 2001).

El ADPIC, por primera vez a nivel internacional, introduce nociones substantivas con las cuales define concretamente los derechos exclusivos que las patentes confieren a sus titulares, entre ellos el de impedir que terceros sin su consentimiento realicen actos de fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación para estos fines del producto objeto de la patente o del **producto obtenido directamente de dicho procedimiento**. Contempla también el derecho tradicional de ceder o transferir por sucesión y de otorgar contratos de licencia sobre las patentes²¹.

El plazo mínimo de duración de los derechos es de 20 años, contados desde la fecha de la solicitud²².

En relación a las excepciones de los derechos conferidos, el artículo 30 marca la pauta, estableciendo que “los Miembros podrán prever excepciones limitadas de los derechos exclusivos conferidos por una patente, a condición de que **tales excepciones no atenten de manera injustificable contra la explotación normal de la patente ni causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de la patente**, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros”.

Dentro de las excepciones, resaltan las **licencias obligatorias**, establecidas en el artículo 31 del ADPIC, que contiene las condiciones o modalidades en las que se puede hacer uso de la patente sin autorización del titular del derecho, siempre bajo condiciones taxativas, a saber:

1. Obligación de negociar una licencia voluntaria antes de requerir una obligatoria, en términos y condiciones comerciales razonables y siempre que esos intentos no hayan surtido efecto en un plazo prudencial.
2. Solo se puede obviar la negociación voluntaria en casos de emergencia nacional o de prácticas anticompetitivas –decretadas por la autoridad correspondiente- o casos de uso público no comercial. En este caso se debe notificar al titular a la brevedad.
3. La licencia obligatoria solo puede tener carácter de no exclusiva.
4. Se tienen que autorizar para abastecer “principalmente” el mercado interno.
5. Hay que garantizar al titular en todo caso una remuneración adecuada.
6. La decisión que la otorga debe estar siempre sujeta a revisión (incluida la relativa a la remuneración).
7. Se invierte la carga de la prueba en patentes de procedimientos.

²¹ Art. 28 ADPIC.

²² Art. 33 ADPIC.

8. No podrán cederse esos usos, salvo con aquella parte de la empresa o de su activo intangible que disfrute de ellos.
9. La autorización de dichos usos será considerada en función de sus circunstancias propias.
10. El alcance y duración de esos usos se limitarán a los fines para los que hayan sido autorizados.
11. La autorización de dichos usos podrá retirarse a reserva de la protección adecuada de los intereses legítimos de las personas que han recibido autorización para esos usos, si las circunstancias que dieron origen a ella han desaparecido y no es probable que vuelvan a surgir.
12. Cuando se hayan autorizado esos usos para permitir la explotación de una patente (“segunda patente”) que no pueda ser explotada sin infringir otra patente (“primera patente”), habrán de observarse las siguientes condiciones adicionales: i) la invención reivindicada en la segunda patente ha de suponer un avance técnico importante de una importancia económica considerable con respecto a la invención reivindicada en la primera patente; ii) el titular de la primera patente tendrá derecho a una licencia cruzada en condiciones razonables para explotar la invención reivindicada en la segunda patente; y iii) no podrá cederse el uso autorizado de la primera patente sin la cesión de la segunda patente.

El problema específico en torno a las licencias obligatorias es que a pesar de ser una herramienta legal para los países, relacionada al desarrollo y a sectores vitales de producción, estas se vienen limitando de manera cada vez más estricta desde la ratificación de los ADPIC, casi hasta el punto de anular las posibilidades reales de uso -en especial en países en desarrollo-.

La correcta medida para entender el uso que debe darse a este tipo de licencias dice relación con balancear los intereses públicos o sociales de usuarios y consumidores frente a los de los titulares de DPI.

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en su Reporte de Desarrollo Humano 2001²³ ofrece recomendaciones en torno a la creación de una estructura legal para hacer que las licencias obligatorias sean “optimizadas” por los países en desarrollo. **Primero**, la mejor opción es establecer un procedimiento administrativo apropiado y eficaz (*streamlined and procedural*)²⁴. **Segundo**, emplear las facultades amplias que otorga ADPIC a los gobiernos nacionales para utilizar las patentes en usos públicos no comerciales; esta vía debería ser rápida y sin requerir autorización del titular. Conlleva no utilizar o

23 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Human Development Report. 2001.

24 BALASUBRAMANIAM, K. “Access to Medicines and Public Policy Safeguards Under TRIPS. TRIPS and Public Health. Chapter 13. Trading in Knowledge”. *Development Perspectives on TRIPS, Trade and Sustainability*. BELLMAN, Dutfield and MELÉNDEZ ORTIZ (Ed.). *International Center for Trade and Sustainable Development*. EARTHSCAN Publications Ltd. London: Sterling, VA, 2003, pp. 135-155.

acceder a usos públicos más débiles que los de los países desarrollados como Alemania, Irlanda, Reino Unido, EEUU. **Tercero**, la legislación debería permitir la producción para la exportación cuando: a) la falta de competencia en un tipo de medicamentos ha dado al productor poder de mercado para impedir el acceso a drogas alternativas; y b) cuando el interés legítimo del dueño de la patente está protegido en el mercado de exportación. **Cuarto**, la compensación debe ser predecible y fácil de determinar. El establecimiento de esa compensación varía de acuerdo a los países, en Alemania es de 2 al 10%, mientras que en Canadá es de 4%; sin embargo, debe quedar a cargo del titular la impugnación del monto, si no está de acuerdo.

2.3. ¿QUÉ IMPLICAN ESOS CAMBIOS PARA LOS PRODUCTOS FARMACÉUTICOS?

La exclusión a la patentabilidad de los productos farmacéuticos fue una práctica que tuvo lugar en muchos países –incluyendo países desarrollados y en desarrollo– a través de la historia, pues constituyó un instrumento político para desarrollar esta industria localmente, e implicaba la necesidad de dejar de ser consumidores y pasar a ser productores, para luego entonces verificar un cambio en la política pública que diera protección al rubro²⁵.

En este hilo de ideas Roffe nos recuerda que “Suiza por ejemplo, no otorgó protección a los medicamentos sino recién en 1978, Francia y Alemania estuvieron a la cabeza de excluir los medicamentos y los productos químicos de la protección por patentes (en sus leyes de 1844 y 1877 respectivamente); Alemania, en ese mismo sentido, fue el primer país en excluir a los alimentos de la patentabilidad en su ley de 1877”²⁶.

También algunos países de América Latina eliminaron la patentabilidad de este sector por un tiempo. Brasil en 1945 dejó de proteger por patente los productos farmacéuticos y en 1971 excluyó la patentabilidad de procesos. México desde 1987, derogó la patentabilidad de medicamentos por 10 años. Igualmente, la Decisión 385 del Acuerdo de Cartagena que aplicaban los signatarios de ese tratado, no posibilitaba la concesión de patentes ni para los medicamentos, ni para los fármacos en general.

La propuesta que EEUU traía a la negociación de los ADPIC en torno a los productos farmacéuticos fue la denominada “Protección *pipeline*”, según la cual los productos farmacéuticos que ya estaban protegidos en su país de origen también deberían ser materia de protección en virtud del acuerdo en los demás miembros de la OMC, por el tiempo que faltaba por expirar a esa patente en su país de origen. Una especie de aplicación retroactiva del tratado.

25 ROFFE Y SANTA CRUZ (2006), p. 10.

26 ROFFE Y SANTA CRUZ (2006), p. 21.

El llamado “*Pipeline* Suizo” para productos farmacéuticos y agroquímicos fue el implementado finalmente en el ADPIC. Este consistió en que los países que a la fecha de ratificación del acuerdo, 1 de enero de 1994, no protegían esta clase de productos estaban en la obligación de establecer desde entonces un mecanismo que permitiera la recepción de solicitudes de las invenciones (*mailbox*) y les aplicara a las solicitudes, desde la fecha de aplicación del acuerdo, los criterios de patentabilidad, otorgándoles una protección en forma de Derechos Exclusivos de Comercialización (DEC), por un período de 5 años, desde el otorgamiento del permiso correspondiente o hasta que se resolviera sobre la aceptación o rechazo de la patente²⁷.

Así se concedió también un plazo para los países en desarrollo, que están ahora obligados a otorgar patentes sobre áreas de la tecnología, que para ellos no gozaban de protección (como los fármacos), durante el cual ellos pueden aplazar la aplicación de la sección correspondiente del tratado por 10 años, los cuales ya se encuentran vencidos.

En el plano más concreto, la lucha de los países en desarrollo para proteger la salud pública sin vulnerar los derechos de propiedad intelectual ha sido todo un desafío. Uno de los casos más emblemáticos es el de Brasil²⁸.

Brasil notificó en la ONU sobre su programa en HIV, su Ley de Propiedad Intelectual y el impacto de su política pública de salud, concretada en el “Programa de distribución gratuita de medicamentos para el SIDA para todos”. El Estado explicó entonces, que la terapia consistía en un cóctel de 12 fármacos de los cuales 5 son importados y el resto producidos localmente. Más del 56% de los 305 millones de dólares que se gastan en el programa de HIV es para pagar los medicamentos importados. Dos de los medicamentos están protegidos por patentes en Brasil y consumen más del 36% del presupuesto (Efivirenz and Nelfinavir, de las industrias Merck Sharp & Kohme y Roche, respectivamente). Por lo anterior, Brasil empezó a negociar con la industria farmacéutica, para revisar el precio de los medicamentos observando los comentarios del Programa de Desarrollo de Naciones Unidas y utilizando todos los mecanismos previstos en su ley para hacer que los medicamentos fueran accesibles para sus ciudadanos²⁹.

Una de las medidas previstas en la ley son las **licencias obligatorias**, que pueden usarse en caso de abuso de los derechos o de la posición de mercado, dictadas por una decisión administrativa o judicial. La ley, al igual que el ADPIC, permite incluso la utilización de las licencias obligatorias en casos de emergen-

27 ROFFE Y SANTA CRUZ (2006), p. 21.

28 Los datos suministrados por Brasil y otros relevantes en esta temática se pueden encontrar en: Secretary-General Report. United Nations. Doc E/CN.4/Sub.2/2001/12.

29 Ídem: Secretary-General Report. United Nations. Doc E/CN.4/Sub.2/2001/12.

cia nacional o de interés público. Dentro de lo considerado “de interés público” se encuentran, entre otros, los asuntos relacionados con la salud pública, nutrición, ambiente y los que sean de importancia primordial para el desarrollo tecnológico, económico y social del país. Con su programa Brasil ha reducido las muertes en 50% en relación a los 4 años anteriores, y las hospitalizaciones por enfermedades oportunistas en 80%. También han disminuido los costos del programa, pudiendo atender a más gente con menos dinero. Según el Ministerio de Salud, “existen actualmente 536.000 personas con HIV en el país; hay 196.000 casos notificados de AIDS (SIDA) y 95.000 muertes; 85.000 personas están recibiendo actualmente tratamiento en el programa de medicamento para todos”³⁰.

A pesar de eso, Brasil fue demandado por Estados Unidos ante la OMC. La demanda cuestionaba el artículo 68 de la Ley de Propiedad Industrial de Brasil (9.279/96) y su compatibilidad con el ADPIC. Esa disposición legal es la que prevé las licencias obligatorias. La demanda se resolvió por un convenio en el cual el Gobierno de Brasil se obliga a que en caso de que considerase necesario aplicar el artículo 68 para conceder una licencia obligatoria con respecto a las patentes de empresas o del gobierno de los Estados Unidos, celebrará conversaciones previas sobre el asunto –con suficiente anticipación– con ese gobierno. Estas conversaciones tendrían lugar, en el marco del Mecanismo Consultivo de los Estados Unidos y el Brasil, en una reunión extraordinaria convocada para debatir el tema. Estados Unidos se compromete a retirar la demanda y además le impone a Brasil la obligación de no tomar a futuro ninguna medida en materia de solución de diferencias por lo que se refiere a los artículos 204 y 209 de la Ley de Patentes de los Estados Unidos³¹.

Este caso, a pesar de no haber llegado a un pronunciamiento de parte de los órganos de solución de diferencias de la OMC que permita evaluar la validez jurídica de ese tipo de compromisos y el tipo de análisis que harían los juzgadores, es ilustrativo de lo que sucede con los países en desarrollo, las licencias obligatorias, el derecho a la salud y los derechos de propiedad intelectual.

Brasil aun estando consciente de que el artículo de la ley cuestionado era perfectamente compatible con el ADPIC (así lo señala expresamente en el texto³²), accedió a obligarse a cosas que están más allá del ADPIC, generando para sí mismo normas de tipo de ADPIC PLUS.

30 Ministerio de Salud de Brasil en reporte a la ONU sobre el “Programa de distribución gratuita de medicamentos para el SIDA para todos”. Se reproducen en el Reporte del Secretario General de la ONU. United Nations. Doc E/CN.4/Sub.2/2001/12.

31 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Caso: “Brasil – Medidas que afectan la protección mediante patentes”. Documento WT/DS199/4. G/L/454. IP/D/23/Add.1, de fecha 19 de julio de 2001.

32 Ídem.

Las licencias obligatorias son una herramienta legal legítima que está contemplada en casi todas las legislaciones de DPI, además de estar previstas –como se vio– en el ADPIC³³. Entonces ¿cómo se justifica legalmente que a partir de ese convenio Brasil tenga que “entablar conversaciones previas” con Estados Unidos cada vez que encuentre necesario utilizar las licencias obligatorias? ¿En qué se basa jurídicamente la nueva obligación de no demandar a Estados Unidos en relación a los artículos 204 y 209 de su Ley de Patentes? Probablemente la existencia de acuerdos políticos o la obtención de ventajas comerciales pueden responder a esas preguntas. Pero ¿qué consecuencias prácticas tiene esto en el derecho a la salud, y más concretamente, en el acceso igualitario a medicamentos patentados? ¿Qué implica ese acuerdo para los productos farmacéuticos de tratamiento del SIDA? Son reflexiones que deben tenerse en cuenta a la hora de obligarse más allá del ADPIC.

2.4. LOS NUEVOS ESTÁNDARES EN MATERIA DE DERECHOS DE AUTOR

- Se incorporan las disposiciones sustantivas de los artículos 1 al 21 del Convenio de Berna y su apéndice.
- Incluye la protección de los programas de ordenador y las bases de datos como obras artísticas o literarias equiparando su protección, es decir, desde los ADPIC merecen una protección de 50 años después de la muerte del autor, lo cual no se condice con la naturaleza del tipo de obra. Solo basta imaginarse la vigencia de un programa de ordenador.
- Se regulan específicamente los derechos de arrendamiento comercial de programas de computación y obras cinematográficas.
- Se dejó al margen la regulación de la esfera de Internet, incluida la responsabilidad de los proveedores y la administración de nombres de dominio en relación con las marcas y las medidas tecnológicas de protección que sí han sido objeto de otros tratados bilaterales (art.1.1).

3. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN RELACIÓN A LOS ADPIC

3.1. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS CON LA RATIFICACIÓN DE LOS ADPIC

En términos generales, los Estados partes se obligan a establecer en la legislación nacional procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones³⁴.

33 ABBOTT, Frederick. “Compulsory Licensing for Public Health Needs: The TRIPS Agenda at the WTO after the Doha Declaration on Public Health”. *Ocasional Paper N°9*. Quaker United Nations Office, 2002.

34 Obligaciones generales (Sección 1: artículo 41 ADPIC).

Estos procedimientos se aplicarán de forma que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo, y deberán prever salvaguardias contra su abuso; serán justos y equitativos. No serán innecesariamente complicados o gravosos, ni comportarán plazos injustificables o retrasos innecesarios. Las decisiones se adoptarán por escrito y serán razonadas; además contemplan revisión por una autoridad judicial competente cuando se trate de decisiones administrativas finales.

Dentro de estos está incluido establecer procedimientos y sanciones penales, al menos, para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial. Los recursos disponibles comprenderán la pena de prisión y/o la imposición de sanciones pecuniarias suficientemente disuasorias que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente. Nada de lo anterior implica la creación de una jurisdicción distinta, ni el compromiso de orientar nuevos recursos a los efectos de observancia de los derechos de DPI³⁵.

a. Obligaciones en relación a patentes:

- **Concesión de patentes:** Los Miembros de la OMC deben ofrecer protección mediante patente para todas las invenciones, sean de **productos** (por ejemplo, un medicamento) o de **procedimientos** (por ejemplo, un método de producción de los componentes químicos de un medicamento), pero permitiendo ciertas excepciones. *Párrafo 1 del artículo 27.*
- La protección mediante patente debe durar como mínimo 20 años contados desde la fecha de presentación de la solicitud de la patente. *Artículo 33.*
- **No discriminación:** En los regímenes de patentes de los Miembros no puede haber discriminación entre los **distintos campos de la tecnología**. Tampoco puede haber discriminación por el **lugar de la invención** o el hecho de que los productos sean **importados o producidos en el país**. *Párrafo 1 del artículo 27.*
- Que exijan solo 3 requisitos para patentar una invención: debe ser nueva (una “novedad”), debe entrañar una actividad inventiva (no debe ser evidente) y debe tener “aplicación industrial” (debe ser útil). *Párrafo 1 del artículo 27.*
- Invertir la carga de la prueba en los procedimientos civiles relacionados a patentes de procedimientos.
- Excepciones limitadas a los derechos de patentes que no atenten de manera injustificable contra la explotación normal de la patente ni causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros. Es decir, otorgar las licencias

35 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *Curso de Política Comercial. Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ADPIC (TRIPS)* Capítulo 20, 2000.

obligatorias o efectuar las importaciones paralelas de acuerdo con los más de 10 requisitos taxativos enunciados en el artículo 31 ADPIC.

Aun estando de conformidad con los ADPIC, establecer en general limitaciones a los DPI, es una acción compleja. Incluso en situaciones en que esas limitaciones, y en especial, las importaciones paralelas están legalmente permitidas (como en los casos relacionados con resguardos de la salud pública) los Estados enfrentan serios ataques de parte de empresas y gobiernos extranjeros.

En Sudáfrica, donde alrededor de 6 millones de personas viven infectadas de VIH o enfermas con SIDA, 39 compañías farmacéuticas se unieron para demandar al Estado por la promulgación de la Ley “*Medicines and Related Substances Control Act*” de 1997, según la cual, se permitía importar (de países donde eran vendidos más baratos por acuerdos de patentes o por licencias) o producir localmente medicamentos patentados para el tratamiento contra el SIDA. Esto ocurrió en el marco del *Treatment Action Campaign* (TAC) o Campaña de Acción gubernamental para el tratamiento de las personas con SIDA; las compañías titulares de las patentes alegaban que sus derechos se verían afectados por la ley. Luego de 3 años, en virtud de las consecuencias que tuvo publicitariamente, el caso fue desistido en la *Pretoria High Court*³⁶.

b. Obligaciones para las marcas:

- Otorgar protección a todos los tipos de marca, sin discriminar.
- Reconocer las marcas notorias.
- Incorporar normas sustantivas del Convenio de París de 1967 (art. 6 bis).
- Limitar las excepciones al uso leal, teniendo en cuenta los intereses legítimos del titular de la marca y de los terceros.
- Proteger por no menos de 7 años y renovar indefinidamente.
- Garantizar que la anulación por no uso se haga efectiva solo después de 3 años.
- No permitir licencias obligatorias.

c. Obligaciones en relación a los derechos de autor:

- Obligación de incorporar normas sustantivas del convenio de Berna del 71, del artículo 1 al 21, y su apéndice.
- Duración de la protección no inferior a 50 años.
- Circunscribir las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

36 OXFAM. *Dossier informativo sobre la demanda de las empresas farmacéuticas al Gobierno sudafricano. Sudáfrica vs. gigantes farmacéuticos*. Abril 2001. Publicado por Intermón-Oxfam Fundación para el Tercer Mundo. P.11. Disponible en: <http://www.intermonoxfam.org/cms/HTML/espanol/454/TRIPS_Sudafrica_vs_%20empresas.pdf> [consulta: 7 junio 2009].

3.2. ¿CÓMO SE ENTIENDEN ESAS OBLIGACIONES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL?

No existe hasta ahora jurisprudencia concreta en relación al ADPIC. Ninguna controversia hasta ahora ha puesto de frente alguno de los derechos contemplados en el ADPIC con el derecho a la salud o algún otro Derecho Humano concreto. Algunas decisiones de la OMC en torno a casos que han tocado temas relacionados con los que se investiga, son objeto de estudio más adelante. En el análisis de esas decisiones lo que se busca esclarecer es si el Órgano de Solución de Diferencias ha hecho en sus exámenes consideraciones de derechos humanos, o si algún país las ha planteado. Se indagan los criterios en los que basa sus decisiones con la intención de dilucidar si existen bases legales vinculantes que los obliguen a hacer un estudio desde esta perspectiva.

3.3. CONSECUENCIAS QUE ACARREA EL INCUMPLIMIENTO DE ESAS OBLIGACIONES

El incumplimiento de las obligaciones comerciales que en el ámbito internacional establece la OMC, acarrea el sometimiento al mecanismo de solución de diferencias de esa entidad. En el acta final de la Ronda de Uruguay, otro instrumento de ratificación obligatoria es el Acuerdo de Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias³⁷. Este tiene un mecanismo sencillo, breve y eficaz, característico de las transacciones internacionales que necesitan ser expeditas para no perder efectividad. Se supone que a través de este mecanismo de solución de diferencias se impide que un miembro por su cuenta, formule determinaciones de la existencia de infracciones o suspenda concesiones.

Se incorporan reglas para la solución de *diferencias en las que no exista infracción de las obligaciones dimanantes de un acuerdo abarcado*, pero en las que, sin embargo, un Miembro considere que las ventajas resultantes para él pudieran eventualmente hallarse anuladas o menoscabadas.

3.4. LAS RECLAMACIONES NO BASADAS EN INFRACCIÓN

Una característica novedosa, por lo menos en lo que a Derechos de Propiedad Intelectual se refiere, es la incorporación de un concepto totalmente nuevo en esta área –pero ya antes previsto en el GATT–, el concepto de no violación proveniente del artículo XXIII.1 del GATT de 1947, el cual refleja la naturaleza ambigua del régimen de la OMC, que no contiene elementos solo jurídicos

37 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Acta Final de la Ronda de Uruguay. 1994. Anexo 2: Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias.

sino también políticos y económicos³⁸.

Las reclamaciones no basadas en una infracción, fundadas en ese concepto, son derechamente violatorias del principio de buena fe, ya que facultan el accionar de un Estado sobre la base de una apreciación subjetiva en la que la parte correspondiente no debe acreditar ni siquiera la existencia de un perjuicio directo, ni la inconformidad con una cláusula contractual.

Este tipo de reclamaciones están contempladas en el artículo XXIII 1b, 1c del GATT de 1994, e incluyen reclamos planteados en relación con el ADPIC o sencillamente vinculados a intereses en torno a los DPI, ya que no es necesario que se haya vulnerado el acuerdo en sí mismo.

La normativa está prevista en los siguientes términos:

“Cuando una parte considere que **directa o indirectamente**, una ventaja o privilegio resultante del acuerdo se halle **anulada o menoscabada** o que el cumplimiento de uno de los objetivos del acuerdo se halle comprometido a consecuencia de: *a)* que otra parte no cumpla con las obligaciones contraídas en virtud del Acuerdo; o *b)* que otra parte **aplique una medida, contraria o no a las disposiciones del Acuerdo**; o *c)* **que exista otra situación**;

Dicha parte contratante podrá, formular representaciones o proposiciones por escrito a la otra u otras partes contratantes que, a su juicio, estime interesadas en ella. Toda parte cuya intervención se solicite de este modo examinará con comprensión las representaciones o proposiciones que le hayan sido formuladas. Si las partes no llegan a un arreglo satisfactorio en un plazo razonable, la cuestión podrá ser sometida a los contratantes. Estos últimos efectuarán una encuesta y, según el caso, formularán recomendaciones apropiadas a las partes contratantes que consideren interesadas, o dictarán una resolución acerca de la cuestión. **Si consideran que las circunstancias son suficientemente graves, podrán autorizar que se suspenda la aplicación de toda concesión o el cumplimiento de otra obligación resultante del Acuerdo General**³⁹.

Entonces, se abren las puertas a un accionar, incluso por cualquier situación, en que una parte considere que indirectamente una ventaja o privilegio pudiera ser

38 LACARTE, Julio y PIÉROLA, Fernando. “Estudio comparativo de los mecanismos de solución de diferencias del GATT y de la OMC ¿Qué se logró en la Ronda de Uruguay?”. *Solución de Controversias Comerciales Intergubernamentales. Enfoques Multilaterales y Regionales*. Buenos Aires: BID-INTAL-ITD, 2004, pp. 13-32. Disponible en: <www.iadb.org/intal/aplicaciones/uploads/publicaciones/e.INTALITD_IE_2004_solucion_controversias_01.pdf>.

39 El resaltado es nuestro.

menoscabada. Esto es lo que se ha denominado mecanismo “*easy to trigger*” o mecanismo de fácil acceso porque no requiere mayores extremos para encontrar legitimación para accionar⁴⁰.

Es menester destacar que el Entendimiento de Solución de Diferencias contempla algunas normas adjetivas que permiten considerar la situación de los países en desarrollo y menos desarrollados en cuestiones relativas al procedimiento, para solicitar asistencia técnica de la secretaria de la OMC y para otorgar prórrogas en los plazos. Sin embargo, tales disposiciones, además de no abarcar las cuestiones sustantivas, están generalmente condicionadas a haber sido alegadas por el país de que se trate⁴¹.

4. LAS NORMAS ADPIC PLUS

4.1. APROXIMACIONES DE LA DOCTRINA A LA ELABORACIÓN DE UN CONCEPTO DE ADPIC PLUS

La doctrina no ha sido exhaustiva en la elaboración de un concepto; se ha limitado a clasificar las normas ADPIC PLUS como “todo lo que está por encima del ADPIC” o a expresar que “este tipo de acuerdos incluye obligaciones que van más allá de lo incluido o consolidado en las normas mínimas establecidas en el Acuerdo sobre los ADPIC”⁴². También han establecido que estas normas suscitan especial preocupación entre los países en desarrollo, especialmente en el ámbito regional y bilateral. En términos generales, se puede afirmar que existe consenso en la doctrina en clasificar cualquier disposición más exigente que los ADPIC como normas ADPIC PLUS.

4.2. DEFINICIÓN DE ADPIC PLUS

Se ha conocido como ADPIC PLUS, en general, todo lo que implica superar los parámetros de protección internacional de los Derechos de Propiedad Intelectual. Podemos definirlos concretamente, como todas aquellas normas o disposiciones que tienden a elevar los estándares de protección contenidos en el acuerdo sobre los ADPIC, que fue negociado multilateralmente en la OMC.

40 Las consecuencias de este tipo de mecanismos son difíciles de predecir, ya que faculta reclamos sin probar ni siquiera un menoscabo indirecto, y da paso a accionar por cualquier situación en la que se piense que eventualmente uno de los objetivos del acuerdo pudiera hallarse comprometido. En el caso del ADPIC, al no requerirse ni siquiera una medida que sea contraria al tratado, los países en desarrollo siendo demandados en la OMC, pueden acceder a obligarse a prestaciones de tipo ADPIC PLUS (las cuales se explican a continuación).

41 Muestra de esto son los artículos 4.10, 8.10, 12.10, 12.11, 21.2, 21.7, 21.8, 24, 27.2 del ESD de la OMC.

42 VIVAS-EUGUI, David. “Acuerdos Regionales y Bilaterales en un mundo más allá de los ADPIC: El Acuerdo de Libre Comercio de las Américas”. *Documentos Temáticos sobre los ADPIC N°1*, Oficina Cuáquera ante las Naciones Unidas (QUNO), Ginebra, 2002; MUSUNGU (2004); ROFFE y SANTA CRUZ (2006); CORREA (2000), entre otros.

Vale resaltar que existen diversas formas de superar esos estándares, de maneras directas o indirectas. Directamente, se pueden conceder por ejemplo plazos más extensos de protección de los derechos exclusivos; pero indirectamente, a través de cambios en las legislaciones sobre competencia e inversión, se pueden elevar los estándares, cuando se restringe la potestad del Estado de regular determinadas circunstancias en pro de la agronomía, salud pública, alimentación, entre otros.

4.3. FORMAS DE GENERAR NORMAS ADPIC PLUS

1. Regulando las mismas materias que el ADPIC, pero de manera más estricta por medio de los TLCs.
2. Estableciendo normas -que se imponen desde arriba- y no están en el ADPIC a través de legislación de competencia, inversión, trabajo, ambiente.
3. Obligando a ratificar nuevos tratados a través de los TLCs. bilaterales.
4. Acordando o cediendo en relación con interpretación de reglas en el OSD que superan lo establecido en el Acuerdo ADPIC (ilustrativos de este tipo de normas son los casos de Brasil y Argentina revisados anteriormente).

4.4. LOS TLCs. BILATERALES

En el ámbito que se discute tenía especial relevancia la creación del Área de Libre Comercio para las Américas (ALCA), propuesta por EEUU en 1994, con el propósito de profundizar y ampliar los procesos de integración que se habían empezado a plasmar en algunos tratados subregionales y bilaterales. El fin último era eliminar las barreras para el comercio y la inversión e integrar las economías del hemisferio. Vista la imposibilidad de cerrar las negociaciones para el año 2005, EEUU optó por celebrar acuerdos bilaterales de libre comercio con los países con los que le fuera posible.

Es importante destacar que aun antes de que todos los países en vías de desarrollo hayan implementado los estándares de protección fijados por los ADPIC, los TLCs. bilaterales están exigiendo y generando un continuo avance de las normas proteccionistas de la PI que implican mayores obligaciones para los países en desarrollo -algunos de los cuales creen que pueden obtener ventajas comerciales significativas a cambio de la aceptación de normas ADPIC PLUS-. Es por esta razón que no están midiendo el impacto que esa clase de normas tiene en la obligación de garantizar el respeto de los Derechos Humanos, y en concreto en el derecho a la salud.

4.5. OBLIGACIONES ADICIONALES QUE SE CREAN EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL CON LA RATIFICACIÓN DE LOS TLCs.

Los ADPIC, como se explicó, vienen a fijar los estándares mínimos en materia de PI que a partir de su ratificación se van a implantar a nivel internacional. Los países miembros de la OMC están obligados a ratificar el ADPIC y a cumplir con las exigencias que este impone. Sin embargo, los TLCs. bilaterales en sus respectivos capítulos sobre los derechos de propiedad intelectual crean nuevas obligaciones. Esas obligaciones, en virtud de lo expuesto en secciones precedentes, necesariamente implican fijar parámetros más altos en materia de protección de la PI, con las consecuencias que de ello derivan en los temas de licencias obligatorias, importaciones paralelas y otras excepciones y limitaciones a este tipo de derechos. Estos nuevos parámetros plus y sus consecuencias se exploran a continuación.

4.6. ¿CUÁLES SON NORMAS ADPIC PLUS?

El TLC EEUU-CHILE de 2002⁴³, es reflejo de las nuevas obligaciones previstas en los TLCs., conteniendo normas específicas de asuntos no tratados en el ADPIC, como los nombres de dominio en Internet, derechos conexos de artistas, intérpretes o ejecutantes, y productores de fonogramas, recursos contra la elusión de medidas tecnológicas de protección, recursos jurídicos efectivos para proteger la información sobre la gestión de los derechos y la protección de las señales satelitales portadoras de programas codificados. Por otro lado, dentro de los ámbitos que ya cubría el ADPIC, expande las esferas de protección de las marcas y de los productos farmacéuticos.

El “*fast track*” o vía rápida designa la facultad otorgada por el Congreso de los Estados Unidos al Presidente para suscribir acuerdos comerciales con otros países sin que sus términos puedan ser modificados luego. Con la aprobación de su nueva legislación sobre derechos de autor “*Digital Millennium Copyright Act*”, amenazan con suspender los beneficios que otorgan a otros Estados en sus exportaciones mediante el Sistema Generalizado de Ventajas o Preferencias Arancelarias o con otras sanciones de tipo económico⁴⁴.

El tratado conserva el principio de trato nacional, de no-discriminación entre nacionales de ambos países y, como consecuencia de la cláusula de la nación más favorecida del ADPIC, las ventajas, beneficios y privilegios otorgados por el TLC se entienden automáticamente otorgados a los nacionales de todos los demás miembros de la Organización Mundial de Comercio (OMC).

43 TRATADO DE LIBRE COMERCIO CHILE EEUU. Capítulo 17 de los Derechos de Propiedad Intelectual. 2002. Disponible en: <www.usa.gov/chile/es/tlc.html> [consulta: 10 enero 2009].

44 SCHMITHZ VACCARO, Christian. “El Tratado de Libre comercio Chile- EE.UU: Fuente de un Nuevo Derecho de Propiedad Intelectual”. *Revista de Derecho*, N° 12. Universidad Católica de la Santísima Concepción, Concepción 2004: p. 145-170.

De la misma forma, se evidencia en este tratado el aumento del término de protección para la mayoría de las obras, de 50 años que fijaba el ADPIC, a 70 años en virtud del TLC.

En especial, respecto de productos farmacéuticos la protección se hace más fuerte a través de diversas formas: 1) el reforzamiento de las disposiciones sobre autorizaciones sanitarias y de comercialización; 2) el ajuste del plazo de protección de una patente para compensar las demoras injustificadas que se susciten durante el proceso para su otorgamiento; 3) la prohibición de usar la información no divulgada relativa a la seguridad y eficacia de los productos farmacéuticos -durante 5 años desde la fecha de aprobación del permiso sanitario de comercialización-; y, 4) el reconocimiento de que el otorgamiento del permiso de comercialización a terceros requiere el consentimiento o aquiescencia del titular de la patente. Es en este tema particular donde se centran algunas de las discusiones más importantes a la luz de los Derechos Humanos, específicamente en relación al derecho a la salud por su afeción respecto del acceso a los medicamentos.

Una característica distintiva de este TLC es que contiene un preámbulo que señala objetivos principios, y reconoce expresamente la Declaración de Doha⁴⁵, que adquiere especial relevancia sobre todo a los efectos hermenéuticos o interpretativos de este.

Contiene el compromiso de adherirse a nuevos tratados: Tratado de Cooperación en materia de Patentes (en adelante PCT) para el año 2007 y UPOV para el 2009, Tratado sobre el Derecho de Marcas (en adelante TLT), Convenio sobre Distribución de Señales Satelitales Portadoras de Programas Transmitidos por Satélite (Convención de Bruselas). Y un compromiso de realizar el mejor esfuerzo para adherir el Tratado sobre Derecho de Patentes (PLT) al Acuerdo de la Haya y al Protocolo del Arreglo de Madrid.

De la misma forma, contiene una especial Cláusula de No Derogación que establece que ninguna disposición puede ir en detrimento del ADPIC o de los acuerdos multilaterales firmados en el OMPI.

Incluye reglas más estrictas contra la elusión de medidas tecnológicas de protección, tratando de equiparar la legislación estadounidense "*Digital Milleniun Copyright Act*", las cuales son muchos más severas que las preconcebidas en el marco de la OMPI; estas impiden las excepciones y limitaciones al derecho de autor, impiden el acceso a obras que ya eran consideradas de dominio público,

45 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Cuarta Conferencia Ministerial. *Declaración Ministerial de Doha sobre los ADPIC y la salud pública*, Qatar, adoptada el 14 de noviembre de 2001. El capítulo siguiente aborda la declaración de Doha en relación a la Salud Pública, incluyendo su contenido y alcance.

impiden la libre expresión y tienen carácter anticompetitivo⁴⁶. Se equiparan los derechos del empleador y el licenciataria al creador en obras por encargo; así pueden no solo ejercer los mismos derechos sino también gozar plenamente de los beneficios que de ellas deriven.

Una norma ADPIC PLUS por excelencia, es la que comprende el compromiso de realizar esfuerzos razonables para proponer una legislación que proteja las plantas mediante patentes en un plazo de 4 años.

Las excepciones se mantienen en los mismos términos del ADPIC. Contiene expresamente la “Excepción Bolar”, mediante la cual los productores de medicamentos genéricos pueden hacer uso de un medicamento patentado para el solo efecto de solicitar el permiso sanitario o de comercialización, de modo que al momento en que expire la patente se encuentren preparados para ingresar sus genéricos al mercado, evitando prolongaciones fácticas de la protección.

Se prevé, como única causal para anular o revocar una patente, el hecho de que existan circunstancias o hechos que hubiesen impedido su otorgamiento.

Otras normas ADPIC PLUS son las que se generaron en el TLC en torno al requisito de novedad de las patentes, el cual se flexibiliza previendo la posibilidad de divulgar una invención en los 12 meses anteriores. Igualmente, se extiende el término de protección de las patentes en caso de demoras injustificadas de parte de las autoridades correspondientes. Permiten actuación de oficio, no solo para mercaderías falsificadas importadas, sino para mercaderías en tránsito y para la exportación.

Otro dato que llama la atención es que el TLC contempla su propio mecanismo de solución de controversias, permitiendo seleccionar el procedimiento de solución de controversias de otro tratado, pero el foro elegido será excluyente. Es curioso que se haya previsto otro mecanismo de solución de diferencias, cuando se ha alegado continuamente la eficacia y eficiencia del OSD del órgano multilateral de la OMC. Se debe prestar especial atención al hecho de que ese mecanismo pudiera servir para legitimar la aplicación de sanciones unilaterales en relación a los DPI.

En el **Tratado de EEUU con CAFTA-RD**⁴⁷ las partes se obligaron a adherir los nuevos tratados de Internet de la OMPI (TODA: Tratado sobre Derechos de Autor y TOIEF: Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas) a la entrada en vigor del acuerdo. Aunque República Dominicana, que era el único

46 ROFFE Y SANTA CRUZ (2006), p. 28.

47 TRATADO DE LIBRE COMERCIO. EEUU CON CAFTA-RD. Capítulo 15 sobre los Derechos de Propiedad Intelectual. Disponible en: <<http://www.comex.go.cr/acuerdos/comerciales/CAFTA/textofoliado/15.Derechos%20de%20Propiedad%20Intelectual/capitulo15.pdf>> [consulta: 30 agosto 2009].

que faltaba, se adhirió en enero de 2006, al PCT, al Tratado de Budapest, al Convenio de Bruselas, al TLT, y a UPOV, se le otorgaron plazos más extensos a Nicaragua y Costa Rica. Los Estados pactaron el mismo compromiso que Chile de hacer el mejor esfuerzo por ratificar los mismos tres tratados.

Este TLC importa sanciones penales para la protección de señales satelitales portadoras de programas codificados, mientras estas mismas disposiciones permiten en el tratado con Chile que el país elija el carácter civil o penal de las sanciones.

También contiene el compromiso de mejor esfuerzo por proponer una legislación que permita el patentamiento de plantas, pero no se establece plazo para este. Las excepciones se mantienen en los mismos términos que el ADPIC.

Se hace referencia al Convenio de París en relación a la causa de revocación que permite evitar abusos de derechos de parte de los titulares, en caso de fraude, falsa representación o conducta injusta.

En torno al requisito de novedad de las patentes, se flexibiliza, previendo la posibilidad de divulgar una invención en los 12 meses anteriores a la solicitud, cosa que no estaba prevista en el ADPIC. Se extiende el término de protección de las patentes en caso de demoras injustificadas de parte de las autoridades correspondientes. Se comprometieron a resguardar, por un plazo de 5 años, la información no divulgada que se entrega a las autoridades de salud. Se comprometieron igualmente a negar el permiso sanitario o de comercialización antes del vencimiento de la patente, salvo que exista consentimiento o aquiescencia del titular. Es decir, no se encuentra aquí la Excepción Bolar que permitiría ir fabricando el genérico un poco antes de la expiración del lapso de la patente, evitando prórrogas fácticas del período de vigencia del derecho. Esta excepción, como se vio, sí estaba prevista en el tratado con Chile. Este tipo de disposición acarreará consecuencias en la potestad de otorgar licencias obligatorias.

Permiten actuación de oficio, no solo para mercaderías importadas, sino para mercaderías en tránsito y para la exportación, ya no de productos falsificados, sino de toda clase de productos. Contempla su propio mecanismo de solución de controversias, permitiendo seleccionar el procedimiento de solución de controversias de otro tratado, pero el foro elegido será excluyente.

Estados Unidos y otros TLCs. EEUU demarcó lo que constituye su política comercial bilateral relacionada con la propiedad intelectual en el acuerdo de concluyó en el año 2000 con Jordania. En éste se creó un área de libre comercio que, por sus propias características, implicaba la creación de normas más allá de los ADPIC o PLUS. Una revisión de los tratados firmados con Singapur, Laos y Vietnam evidencia la propagación de esa misma tendencia.

Desde entonces, también los Estados Unidos ha concluido acuerdos de libre comercio por lo menos con los siguientes países: Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y más recientemente República Dominicana (CAFTA), Australia, Israel, Marruecos y los 5 países de la Unión Aduanera de África del Sur. Todos los cuales contemplaban igualmente normas de carácter ADPIC PLUS.

Otro ejemplo, es el tratado que en materia de DPI se concluyó entre EEUU y Ecuador (1993), que establece entre otras cosas protección plena en materia de derechos de autor, marcas comerciales y patentes incluyendo la protección de los procesos para los productos farmacéuticos, programas informáticos, y secretos industriales. Entonces Ecuador se comprometió ante la OMC a implementar el ADPIC antes de 1998, y lo hizo, a pesar de que el lapso de entrada en vigencia para los países en desarrollo era mucho más amplio.

El tratado de libre comercio entre Estados Unidos y Singapur (2003), por su parte, se caracteriza por las amplias restricciones para otorgar licencias obligatorias de productos patentados, en especial de los medicamentos, e incluso respecto de las importaciones paralelas, estableciendo importantes obstáculos a la importación de medicamentos patentados que se venden a mejores precios en otros países⁴⁸.

CONCLUSIONES

A modo de cierre, debe recordarse el alcance establecido para el presente artículo, el cual es una primera entrega de un trabajo investigativo y en próximas publicaciones, se abordará un análisis sobre el ADPIC desde la perspectiva de los Derechos Humanos. En este avance de investigación se describen y analizan los aspectos teóricos y técnicos que sirven de base al análisis económico que se hace en la OMC, a saber.

El ADPIC, con sus antecedentes en la normativa del GATT y la legislación estadounidense, implicó que desde las negociaciones y en virtud del principio de “*single undertaking*” una influencia directa para ratificar el tratado mediante presiones que consistían en otorgar ventajas económicas a los países que protegieran adecuadamente los derechos de propiedad intelectual. En especial, se procuró la protección de los derechos de los países desarrollados, quienes son los principales titulares de los mismos.

Se constató igualmente que el hecho de que se desplazara el foro de la Orga-

48 Una revisión exhaustiva de cada uno de los capítulos de PI, en TLCs. firmados por Estados Unidos escapa el ámbito cubierto por esta investigación. Para más información se puede consultar: <http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Section_Index.html> [consulta: 30 agosto 2008].

nización Mundial de Propiedad Intelectual hacia la Organización Mundial de Comercio, obedeció al hecho de que esa organización y la elaboración de normas en ella se regían por el principio de “un Estado un voto” y, por tanto, los países en desarrollo tenían una participación cada día mayor e incluso podían superar en número a los países desarrollados; de allí que se estuviera abogando por la protección de la propiedad intelectual en términos que coadyuvaran a la transferencia de tecnologías y a resolver las preocupaciones vinculadas al desarrollo.

Por otro lado, ADPIC significó un cambio en el paradigma trascendental respecto de la filosofía que subyace el motivo de protección de la PI, al mismo tiempo, implicó la universalización de unos estándares mínimos que excluían materias de vital importancia para los países en desarrollo y sus formas de generar conocimiento, como por ejemplo, los conocimientos tradicionales y la Convención sobre Diversidad Biológica, la cual permitía cierta autonomía a los Estados en la utilización y conservación de los recursos biológicos y obligaba al reparto equitativo de beneficios, bajo el consentimiento libre e informado de las comunidades de origen.

Finalmente, el ADPIC con las características antes señaladas, conllevó reformas legislativas en toda América Latina para adecuar las normas de DPI a los estándares mínimos impulsados por los países desarrollados. Los nuevos estándares internacionales comportan la aplicación de los principios generales del comercio en el ámbito de la PI. El principio de nación más favorecida, por ejemplo, acarrea como consecuencia que las ventajas que otorgue un miembro a otro en el marco de los TLCs. bilaterales sean exigibles por cualquiera de los otros miembros de la OMC. Otros estándares consistieron en la fijación de niveles mínimos para la protección de cada categoría de derechos de propiedad intelectual, abarcando en estos regímenes más y nuevas materias que antes carecían de protección en algunos países, especialmente, las patentes de productos farmacéuticos. El fortalecimiento de la protección otorgando plazos más largos, durante los cuales tienen que ser respetados los derechos exclusivos, la incorporación de nuevas sistemas de observancia de esos derechos y la adopción de normas de mecanismos de solución de diferencias, también evidencian este fenómeno. Se reconocieron lapsos transitorios para países en desarrollo y menos adelantados que igual deben adecuarse a las normativas internacionales.

Las nuevas obligaciones en relación a los ADPIC, comprenden proteger mediante patente todas las áreas de la tecnología, sean de productos o de procedimientos, por un lapso mínimo de 20 años; invertir la carga de la prueba en los procedimientos civiles relacionados a patentes de procedimientos; establecer excepciones limitadas a los derechos de patentes que no atenten de manera injustificable contra la explotación normal, ni causen un perjuicio a los legítimos intereses del titular. En otras palabras, esto conlleva otorgar las licencias obli-

gatorias o efectuar las importaciones paralelas de acuerdo con los 12 requisitos taxativos enunciados en el artículo 31. La consecuencia de incumplir estas obligaciones es someterse al entendimiento de solución de diferencias de la OMC, que tiene características económicas y en el cual se pueden plantear incluso reclamaciones no basadas en infracción del Acuerdo, es decir, se permite accionar por cualquier situación, en que una parte considere que indirectamente una ventaja o privilegio pudiera llegar a ser menoscabada.

Se construyó una definición de ADPIC PLUS, y se identificaron nuevas formas de generación de este tipo de normas a través de la regulación de manera más estricta de algunos de los temas contenidos en el APDIP, por medio de los TLCs.; estableciendo normas -que se imponen desde arriba- y no están comprendidas en el acuerdo multilateral por medio de legislación de competencia, inversión, trabajo, ambiente; obligando a ratificar nuevos tratados en materia de DPI a través de los TLCs. bilaterales; y acordando o cediendo en relación a interpretación de reglas en el OSD que superan lo establecido en el ADPIC.

Se demostró que los TLCs. bilaterales incrementan las obligaciones que ya se habían fijado en el ADPIC, y que especialmente, respecto de productos farmacéuticos, la protección se hace más fuerte a través del reforzamiento de las disposiciones sobre autorizaciones sanitarias y de comercialización, el ajuste del plazo de protección de una patente para compensar las demoras injustificadas que se susciten durante el proceso para su otorgamiento, la prohibición de usar la información no divulgada relativa a la seguridad y eficacia de los productos farmacéuticos, y el reconocimiento de que el otorgamiento del permiso de comercialización a terceros requiere el consentimiento o aquiescencia del titular de la patente. Con el mismo ánimo estas normas de carácter ADPIC PLUS obligan a ratificar nuevos tratados, a patentar plantas y otros organismos vivos, a extender los lapsos de vigencia, y en algunos casos restringen los lapsos que otorgaba el ADPIC para la entrada en vigencia en los países en desarrollo. A través de normas ADPIC PLUS se fortalecen los derechos de patentes con medidas más estrictas de observancia. Todo lo anterior es un llamado a la vista atenta de los países en desarrollo, quienes deben aprender a vincular sus resguardos en materia de protección de la propiedad intelectual con el acceso al conocimiento, el derecho a la educación y el derecho al desarrollo.

BIBLIOGRAFÍA

- ABBOTT, Frederick. "Compulsory Licensing for Public Health Needs: The TRIPS Agenda at the WTO after the Doha Declaration on Public Health." *Ocasional Paper N°9*. Quaker United Nations Office, 2002.
- BALASUBRAMANIAM, K. "Access to Medicines and Public Policy Safeguards Under TRIPS. TRIPS and Public Health. Chapter 13. Trading in Knowledge". *Development Perspectives on TRIPS, Trade and Sustainability*. BELLMAN, Dutfield and MELÉNDEZ ORTIZ (Ed.). *International Center for Trade and Sustainable Development*. EARTHSCAN Publications Ltd. London: Sterling, VA, 2003, pp. 135-155.
- CORREA, Carlos. "Health and Intellectual Property Rights". *Bulletin of World Health Organization*, 2001 (a).
- CORREA, Carlos. "Some Assumptions On Patent Law And Pharmaceutical R&D". *Ocasional Paper N°6*. Quaker United Nations Office, 2001(b).
- CORREA, Carlos. "Acuerdo Trip's en América Latina. Armonización vs. Diferenciación de los Sistemas de Propiedad Intelectual". *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*. 2ª Edición. Buenos Aires, 2000.
- LACARTE, Julio y PIÉROLA, Fernando. "Estudio comparativo de los mecanismos de solución de diferencias del GATT y de la OMC ¿Qué se logró en la Ronda de Uruguay?". *Solución de Controversias Comerciales Intergubernamentales. Enfoques Multilaterales y Regionales*. Buenos Aires: BID-INTAL-ITD, 2004, pp. 13-32. Disponible en: <www.iadb.org/intal/aplicaciones/uploads/publicaciones/e.INTALITD_IE_2004_solucion_controversias_01.pdf>.
- MARCEAU, Gabrielle. "WTO Dispute Settlement and Human Rights". *European Journal of International Law*. 13 Eur. J. Int'l L. 753, september 2002.
- MUSUNGU, Sisule; VILLANUEVA, Susan y BLASETTI, Roxana. *Cómo utilizar las flexibilidades previstas en el acuerdo sobre los ADPIC para proteger la salud pública mediante marcos regionales de cooperación sur-sur*. Geneva: South Centre, 2004.
- MUSUNGU, Sisule y DUTFIELD, Graham. "Acuerdos Multilaterales y un mundo ADPIC PLUS: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)". *Documentos Temáticos sobre los ADPIC N° 3*. Oficina Cuáquera ante las Naciones Unidas, 2003.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. *Secretary-General Report*. United Nations. Doc E/CN.4/Sub.2/2001/12.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *Human Development Report*, 2001.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *Curso de Política Comercial. Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ADPIC (TRIPS)*. Capítulo 20, 2000.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. "Comité de Expertos

sobre la Armonización de ciertas disposiciones de las leyes para la protección de las invenciones”. Cuarta reunión 2 a 6 de Noviembre de 1987. *Exclusiones de la protección por patente. Memorando de la oficina internacional de la OMPI*. Documento HL/CE/IV/INF/1, 14 de octubre, 1987.

- OXFAM. *Dossier informativo sobre la demanda de las empresas farmacéuticas al Gobierno sudafricano. Sudáfrica vs. gigantes farmacéuticos*. Abril 2001. Publicado por Intermón-Oxfam Fundación para el Tercer Mundo. P.11. Disponible en: <http://www.intermonoxfam.org/cms/HTML/espanol/454/TRIPS_Sudafrica_vs_%20empresas.pdf> [consulta: 7 junio 2009].
- ROFFE, Pedro y SANTA CRUZ, Maximiliano. “Los Derechos de Propiedad Intelectual en los Acuerdos de Libre Comercio celebrados por países de América Latina con países desarrollados”. *Serie Comercio Internacional, N° 70*. División de Comercio Internacional e Integración, CEPAL, Naciones Unidas. Santiago, abril 2006.
- SCHMITZ VACCARO, Christian. “El Tratado de Libre comercio Chile- EE.UU: Fuente de un Nuevo Derecho de Propiedad Intelectual”. *Revista de Derecho*, N° 12. Universidad Católica de la Santísima Concepción, Concepción, 2004, pp. 145-170.
- VIVAS-EUGUI, David. “Acuerdos Regionales y Bilaterales en un mundo más allá de los ADPIC: El Acuerdo de Libre Comercio de las Américas”. *Documentos Temáticos sobre los ADPIC N°1*, Oficina Cuáquera ante las Naciones Unidas (QUNO), Ginebra, 2002.

TRATADOS

- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Acta Final de la Ronda de Uruguay. Anexo 1C: *Acuerdo sobre los Aspectos de Derecho de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio*, (ADPIC) 1994.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Acta Final de la Ronda de Uruguay. Anexo 2: *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias*, 1994.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Cuarta Conferencia Ministerial. *Declaración Ministerial de Doha sobre los ADPIC y la salud pública*, Qatar, adoptada el 14 de noviembre de 2001.
- TRATADO DE LIBRE COMERCIO CHILE EEUU. Capítulo 17 de los Derechos de Propiedad Intelectual, 2002. Disponible en: <www.usa.gov/chile/es/tlc.html> [consulta: 10 enero 2009].
- TRATADO DE LIBRE COMERCIO EEUU CON CAFTA-RD. Capítulo 15 sobre los Derechos de Propiedad Intelectual. Disponible en: <http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Section_Index.html> [consulta: 30 agosto 2009].

JURISPRUDENCIA

“Brasil – Medidas que afectan la protección mediante patentes”. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *Documento WT/DS199/4. G/L/454. IP/D/23/Add.1*, 19 de julio de 2001.

“Caso: Argentina - Protección mediante Patente de los Productos Farmacéuticos y Protección de los Datos de Pruebas relativos a los productos químicos para la agricultura”. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *Documento wt/ds171*, 20 de junio de 2002.